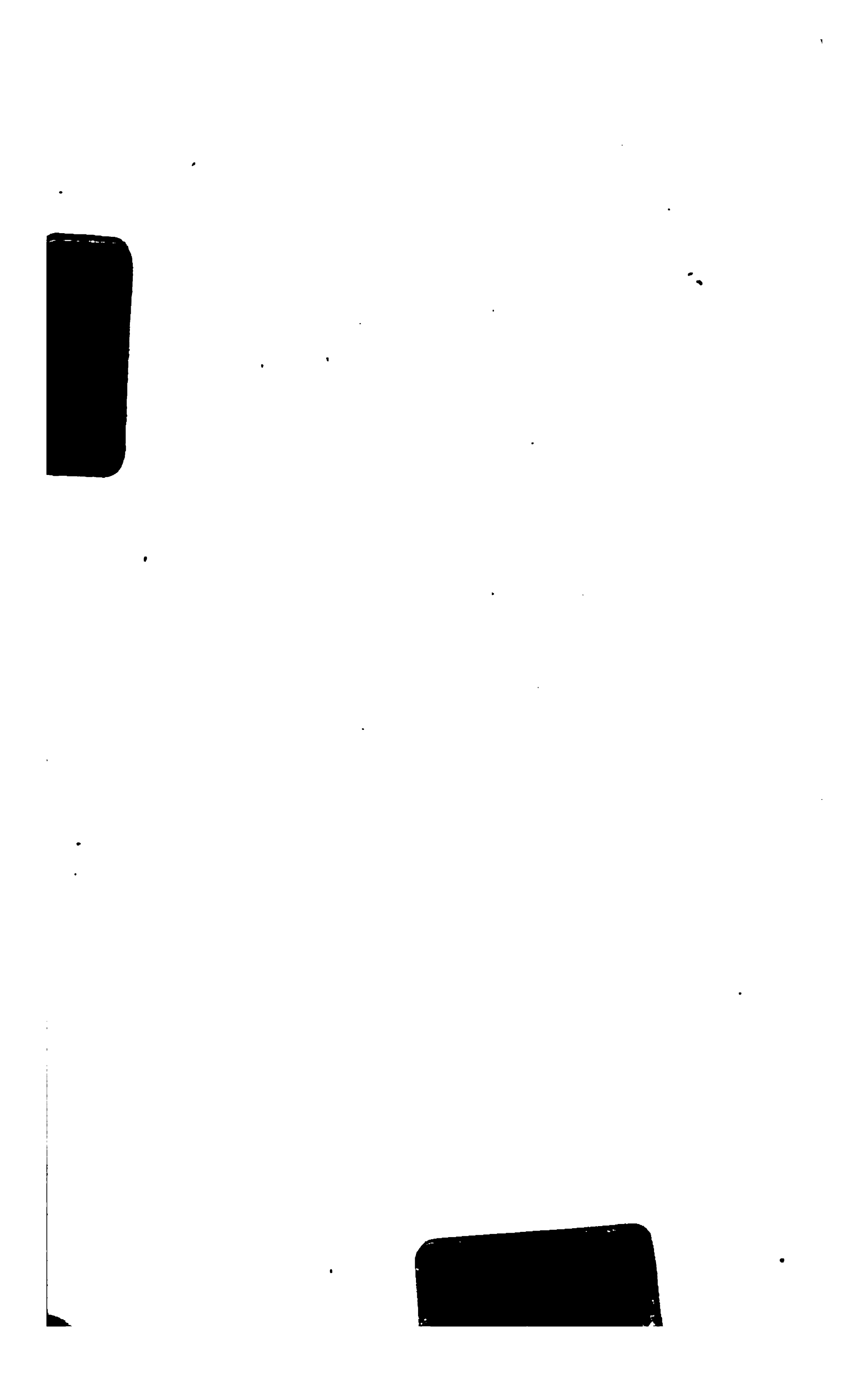


Robt. B. Cook

York 1893

LÉGISLATION ROMAINE

II

LIVRES I ET II DES INSTITUTS

Paris. — Typographie E. Plon, Nourrit et Cie, rue Garancière, 8.

EXPLICATION HISTORIQUE

DES

INSTITUTS

DE L'EMPEREUR JUSTINIEN

AVEC LE TEXTE, LA TRADUCTION EN REGARD, ET LES COMMENTAIRES SOUS CHAQUE PARAGRAPHE

PAR

J. ORTOLAN

DOUZIÈME ÉDITION

Augmentée d'appendices
et mise au courant de l'état actuel de l'enseignement du Droit romain

PAR J. E. LABBÉ

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LIVRES I ET II DES INSTITUTS



PARIS

LIBRAIRIE PLON

E. PLON, NOURRIT ET Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

10, RUE GARANCIÈRE

1883

AVIS DES ÉDITEURS

SUR LA DOUZIÈME ÉDITION

La première édition de l'*Explication des Instituts de Justinien,* par M. J. Ortolan, remonte à l'année 1827. Cet ouvrage a exercé une influence notable sur l'étude du droit romain, en y donnant à l'histoire juridique une place plus importante; il met en lumière les enseignements contenus dans les Instituts de Gaius pour en dégager, non pas l'objet d'un examen exclusif, mais une des phases de la législation romaine. L'œuvre de M. Ortolan, revue et rééditée huit fois, par lui-même, était en possession de l'estime des savants et de l'attention studieuse des élèves, lorsque l'éminent auteur mourut en 1873.

Les deux éditions suivantes avaient été mises au courant des controverses les plus récentes par M. E. Bonnier, dans des appendices qui continuent de faire partie de ce livre et qui sont désignés par les initiales E. B. Le regretté professeur, dont le traité des preuves avait contribué à fonder la réputation de jurisconsulte, et qui, au milieu de ses nombreux travaux, avait réservé pour le droit romain une partie notable de son attention et de ses forces, a donné à ces exposés complémentaires la tournure élégante de son esprit ouvert, vif et courtois dans la discussion.

Après le décès de M. Bonnier, nous nous sommes adressés, pour marcher plus en avant dans la voie qu'il avait si judicieusement ouverte, à M. Labbé, titulaire de l'une des chaires de droit romain à la Faculté de Paris. Ce professeur a déjà inséré, dans la onzième édition, deux introductions sur les caractères généraux du droit romain, et des appendices nouveaux sur la dot et sur l'hypothèque.

L'édition actuelle se distingue par un plus grand nombre de

dissertations additionnelles. Ces appendices, qui traitent des sujets les plus saillants du droit romain, forment un total de vingt-neuf, dont vingt et un rédigés par M. Labbé et désignés par les initiales J. E. L. — M. Labbé s'est proposé notamment deux buts : faire connaître les principales doctrines qui ont été émises dans l'enseignement pendant ces dernières années; montrer l'enchaînement historique et logique de règles éparses dans les Instituts et dans le Digeste.

L'œuvre de M. Ortolan n'a point été modifiée. Après lui, ses collaborateurs, sans faire aucun changement au texte même de l'ouvrage, ont continué, par des additions distinctes, le mouvement qu'il avait imprimé, les améliorations progressives qu'il avait successivement apportées aux éditions publiées de son vivant.

Nous avons la confiance de pouvoir présenter dans cette édition nouvelle de l'*Explication historique des Instituts de Justinien* un tableau fidèle de l'état actuel de l'enseignement du droit romain.

PRÉFACE

Avant d'aborder l'exposition du droit romain selon le plan des Instituts, il est opportun, croyons-nous, de rechercher dans quel esprit ce droit veut être étudié. L'étude du droit romain s'est transformée avec le temps; elle a changé de point de vue. Mais, loin de languir et de dégénérer, elle s'est ravivée, elle s'est élevée en se transformant. Des sources nouvelles d'instruction et d'intérêt y ont été découvertes.

Aussi longtemps que le droit moderne a été dans la période d'enfantement, les juristes ont cherché, dans les lois romaines la décision immédiate des difficultés qu'ils rencontraient, une jurisprudence toute faite applicable aux besoins de leur époque.

Les premiers interprètes, dépourvus de savoir et de force, mais non de jugement, ne se proposèrent qu'un but, fixer le texte au milieu des variantes des manuscrits, préciser l'hypothèse à laquelle la décision de chaque fragment se rapporte. Telle a été l'œuvre des Glossateurs.

Plus hardis, comprenant la nécessité des règles générales, mais encore privés de lumières, les juristes d'une seconde époque ont essayé de réduire en système le droit romain, d'extraire un ensemble de principes des nombreuses décisions d'espèces que nous fournissent les monuments législatifs de Justinien. Telle a été l'entreprise plus généreusement conçue que judicieusement exécutée par les Bartolistes.

Puis, un esprit juridique nouveau s'est fait jour et a voulu, tout en restant, au moins en apparence, fidèle à la tradition, répondre aux aspirations d'une société qui se constituait et prenait son élan. Le droit romain était encore considéré comme la seule expression autorisée de la raison en matière juridique; aussi toute idée neuve s'efforça de s'appuyer sur une loi romaine, dût-elle en torturer le texte, de s'incarner dans la parole d'un

jurisconsulte romain, dût-elle en méconnaître le sens. Notre Dumoulin nous en offre un remarquable exemple.

Cependant le droit moderne acquit sa consistance propre; il eut ses principes, sa vitalité, ses organes de développement. Il s'affranchit d'une tutelle, sous l'influence de laquelle il avait grandi, à savoir, de l'autorité exclusive des lois romaines. — La science alors se proposa de rendre au droit romain sa physionomie originale; elle essaya de reconstituer les différents âges de ce droit, qui, né à Rome, avait rayonné ensuite sur le monde civilisé, et avait mérité cette grande fortune par des améliorations incessantes. Les fragments insérés dans les compilations de Justinien furent regardés comme des débris, des vestiges propres à servir à la restauration du passé. La découverte de textes que les empereurs du Bas-Empire n'avaient pas altérés, imprima un nouvel essor à ces recherches historiques.

Dans cette direction scientifique, plusieurs tendances ont successivement caractérisé le genre des travaux accomplis.

Le premier pas à faire était de donner à chaque fragment sa valeur, sa signification, sa portée selon l'intention de son auteur primitif, et non du compilateur qui l'avait souvent tronqué et défiguré. Dans cette œuvre d'exégèse, Cujas a déployé des trésors de saine érudition; il a fait jaillir la lumière du rapprochement des textes latins et grecs, en s'aidant avec sagacité des données de l'histoire; il n'a guère ignoré que ce que l'état des monuments alors connus empêchait de découvrir (1).

Le second effort a été de réédifier l'ensemble, de reconstruire les théories juridiques, de suivre leur développement, de montrer le lien entre ces fragments épars, déjà éclairés sous tous leurs aspects et fouillés dans tous leurs replis. Cette entreprise était d'autant plus utile et difficile que les Romains, merveilleusement fidèles, dans l'application, à des idées générales en quelque sorte latentes, n'en ont jamais présenté une exposition synthétique et complète. M. de Savigny a excellé dans cette tâche. Nous ne savons si l'amour-propre national nous égare, mais il nous semble que cet éminent jurisconsulte, doué d'une force de conception et d'abstraction digne de la science allemande, a retenu de son origine lointaine une précision, une clarté qui double le mérite de ses ouvrages (2).

(1) M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 456 et suiv. M. Rivier, *Intr. hist. au droit romain*, p. 454 et suiv.

(2) *Système du droit romain*, traduit par Guenoux; *Traité des obligations*, traduit par MM. Gérardin et Jozon; *Traité de la possession*, traduit par Staedtler, 7e édition, avec additions de Rudorff.

Par cette reconstitution des doctrines et des théories, la valeur des jurisconsultes des premiers siècles de l'Empire a été mise en un relief éclatant. L'admiration leur a décerné le titre de modèles, de classiques. Innovant sans rompre l'harmonie, scrupuleux observateurs de la logique, se rendant compte des déviations exigées par l'utilité, adaptant un langage clair et simple à des idées nettes et bien définies, ils offrent dans leurs écrits l'heureux mélange de la sagacité dans l'analyse des espèces, de la correction dans les termes, de la sobriété dans les motifs, de la justesse dans les raisonnements, de l'équité dans les solutions. Il est impossible de n'être pas séduit par cet accord de qualités qui satisfont la raison, le bon sens et le goût (1).

Mais la science ne s'arrête pas, même à contempler le beau. Un auteur a été jusqu'à soutenir qu'on risquait de s'égarer en exaltant d'une façon exclusive la méthode des jurisconsultes classiques, la perfection scientifique de la forme dont le droit romain a été revêtu dans une de ses phases, la virtuosité dont ces jurisconsultes ont fait preuve dans l'application des principes établis de leur temps. Le droit, comme l'humanité, progresse sans interruption et sans retour. Le plus grand mérite des Romains a été, moins leur excellente méthode, que leur ferme tendance à fondre le droit civil dans le droit naturel. Si le droit romain a été adopté par les peuples modernes comme le point de départ de leurs réformes futures, c'est qu'il avait dépouillé peu à peu ce qui le rendait propre à une cité, à un peuple, pour prendre un caractère universel; c'est que, tout en conservant un nom qui le rattache à une origine locale, il était devenu le droit de l'humanité. Sous les institutions qui passent et se transforment, l'étude doit nous faire découvrir l'esprit intime, doué d'une fécondité inépuisable, d'une force continue, qui les a dictées, qui s'y est manifesté pour un temps sans s'y laisser absorber et qui a poursuivi sa route vers l'idéal (2).

Ces directions diverses de la science nous amènent à préciser ce qui recommande à nos yeux l'œuvre de M. Ortolan. Non-seulement ce maître a, l'un des premiers en France, appliqué la méthode historique; il a, grâce à son imagination qui anime et

(1) M. Pellat nous semble avoir parfaitement saisi et rendu l'exquise élégance des jurisconsultes de la belle époque. *Principes de la propriété et de l'usufruit. De la dot. Textes choisis des Pandectes.*

(2) Voy. *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, par R. von Jhering, prof. ord. de droit à l'univ. de Gœttingen, traduit par O. de Meulenaere.

colore, rendu une sorte de vie aux institutions et aux mœurs du passé qu'il décrivait; mais encore il a compris qu'aucune époque, si brillante qu'elle soit, ne doit captiver exclusivement l'attention; il avait foi dans le progrès de l'humanité, progrès qui ne s'arrête pas, quelles qu'aient été les splendeurs d'un siècle, quelles que soient les ténèbres qui parfois lui succèdent. L'intérêt le plus élevé des études juridiques se trouve dans l'enchaînement des innovations qui se préparent et se provoquent l'une l'autre. Le savant professeur proclamait que la genèse du droit s'expliquait, moins par les événements extérieurs qui en étaient l'occasion, que par un sens intime, une force interne, une loi qui pousse l'homme vers la justice. Il constatait, dans la nature humaine, l'esprit de propagande et l'aptitude à l'assimilation. Lui aussi, il disait que le droit avait tendance à devenir, de national, uni versel. Comment n'aurait-il pas signalé chez les Romains cette disposition à s'approprier tout ce qu'il y avait de bon chez les autres, disposition dont les Romains avaient conscience et se faisaient un titre de gloire (1)? Il était si persuadé de la continuité du progrès, qu'il regrettait de n'avoir pas pu suivre le droit romain à travers les transformations de la jurisprudence des pays de droit écrit jusqu'à la promulgation de notre Code. Il méditait de combler cette lacune.

M. Ortolan a écrit, non comme un auteur qui suit librement les prédilections de son esprit, mais comme un professeur qui veut faire voir et connaître sous tous les aspects l'objet de son enseignement, éveiller la curiosité de ses lecteurs dans tous les sens, ouvrir des voies d'investigation, indiquer les procédés au moyen desquels se continuera l'œuvre jamais achevée de la science.

Celui qui veut étudier le droit d'un peuple ne saurait négliger sa constitution politique, qui renferme les sources, les éléments de formation du droit, les organes de la puissance législative.

La constitution sociale a plus d'importance que la constitution politique; elle se reflète dans le droit lui-même; selon la condition égale ou inégale des personnes, elle l'empreint d'un caractère différent.

(1) SALLUSTE (*Conj. de Catil.*, n° 52) met dans la bouche de César cette phrase : *Majores nostri quod ubique apud socios aut hostes idoneum videbatur cum summo studio domi exsequebantur.* — PLINE (*Hist. nat.*, liv. 3, ch. 6) exprime les idées suivantes : Rome a été choisie par la Providence pour unir en un seul corps les empires épars et divisés, pour devenir la patrie universelle du genre humain, pour donner à l'homme l'humanité... *numine deum electa, quæ..... humanitatem homini daret.* — M. DENIS, *Hist. des idées morales dans l'antiquité*, t. II, p. 437. M. FUSTEL DE COULANGES, *Hist. des inst. polit. de l'anc. France*, t. I, p. 62.

Le droit d'un peuple dont l'existence est terminée nous est transmis par des monuments écrits ou gravés, complets ou mutilés, donnant des notions ou suscitant des conjectures. Si nous ne voulons nous résigner à jurer sur la parole du maître, nous devons nous mettre directement en présence des textes, nous habituer à les lire, à les féconder par la réflexion, à y retrouver tout ce que la sagacité ou l'imagination de nos devanciers en a fait sortir.

L'esprit a besoin de temps en temps de se recueillir, de fondre en un tout ordonné ses notions éparses, de considérer d'un regard d'ensemble le chemin parcouru.

Toute législation offre une combinaison plus ou moins savante, plus ou moins sage de certains éléments simples et presque immuables découlant de la nature de l'homme et de la nature des faits à régir. Les Romains, doués d'un esprit analytique supérieur, ont habilement discerné ces éléments ; une généralisation doit les extraire de leurs écrits et de leurs lois.

Ce que l'enseignement doit faire, M. Ortolan l'a fait. Remonter aux sources historiques, montrer l'influence de l'organisation sociale et politique sur le droit, habituer à l'exégèse, présenter un tableau vivant des institutions, un résumé synthétique des doctrines, dégager d'une législation qui change les éléments juridiques qui ne changent pas ; tel a été son but, telle est son œuvre dans son ensemble et dans sa variété.

En nous inspirant de son exemple et de sa méthode, nous essayerons de résumer ici et de mettre en relief quelques traits dominants et généraux de la législation romaine.

Le droit romain est principalement issu de la coutume. Les lois ont apporté un léger appoint à l'œuvre des mœurs et des usages. Les Romains, en accordant cette puissance à la coutume, ont su éviter deux écueils, l'immobilité et l'instabilité. Les usages, les précédents, les mœurs des ancêtres ont été consultés, observés avec un religieux respect. Néanmoins ce respect a été concilié avec le progrès, le mouvement ; le droit ne s'est pas abîmé dans la routine. Le respect des *mores majorum* a été seulement un frein contre les innovations téméraires. Le nouveau a été autant que possible dégagé du sein de ce qui préexistait. Le droit a été développé plutôt que changé. Mais, somme toute, jamais un obstacle n'a été opposé à des innovations que l'utilité exigeait. De sa forme coutumière, la législation romaine n'a retenu que des avantages, la souplesse dans les transforma-

tions, un lien entre ce qui vieillit et ce qui commence, une marche incessamment progressive et sans soubresaut, une recherche et une expérience continue du mieux. Comment ces résultats ont-ils été obtenus? Par la grande considération dont les jurisconsultes ont été entourés et se sont montrés dignes. La coutume a eu pour organe la voix vivante et écoutée des prudents; la pratique populaire s'est laissé diriger par la jurisprudence, c'est-à-dire par la science du droit (1).

Les lois elles-mêmes n'ont pas arrêté, sur les points qu'elles réglaient, la marche de la jurisprudence coutumière. Nous en avons une preuve singulière et notable dans la signification des mots *jus* et *leges*. Le mot *leges* désigne les lois récentes; le mot *jus* embrasse les lois anciennes dont les préceptes ont été convertis en une jurisprudence établie (2). D'où vient cette habitude de langage? De ce que la loi a été prise comme un point de départ, et non comme un terme d'arrivée, comme une conclusion. La loi pose une base, imprime un mouvement, trace une direction. Puis, la loi est fécondée par les jurisconsultes. Elle est la source d'un ensemble d'opinions reçues, dont l'autorité réside dans la valeur doctrinale des prudents qui les font recevoir non moins que dans le commandement de la loi. Souvent la portée du texte législatif est étendue par des raisons d'analogie. Comment s'en étonner? La loi est confiée, non pas à de simples interprètes, mais à des *juris conditores* (3). La teneur de la loi

---

(1) La nécessité de l'institution ou de l'exhérédation des héritiers siens (expl. n° 692), la querelle d'inofficiosité (expl. n° 787), la prohibition des donations entre époux (expl. n° 578), toutes les règles des contrats réels et consensuels dérivent de la coutume.

(2) Après Auguste le terme *leges* s'applique aux lois si importantes de cet empereur sur le mariage. Les conséquences déduites des lois anciennes, notamment de la loi toujours respectée des XII Tables, sont comprises et comme absorbées dans l'ensemble du *jus civile*. A l'époque du Bas-Empire, les expressions ont changé, non de sens, mais d'application. Sous le mot *leges* se placent les constitutions impériales. Tout le droit ancien issu des lois, des plébiscites et des sénatus-consultes est contenu dans l'expression *jus*. Les règles tracées par le législateur à une date ancienne ne se séparent pas des règles introduites par la coutume. Sur cette opposition d'idées repose la distinction si peu logique du Digeste et du Code, distinction profondément enracinée dans les esprits, distinction observée par Théodose aussi bien que par Justinien. Const. *Deo auctore*, §§ 1 et 2, et Const. *Dedit nobis Deus*, § 1.

(3) Se borner à lire le texte de la loi Aquilia serait le moyen de n'avoir qu'une idée fort incomplète de la théorie romaine sur la responsabilité des fautes préjudiciables à autrui. Il existe un intervalle immense entre le *corpus corpore læsum* du premier âge et le *damnum injuria datum* dans sa généralité dernière. Voy. expl. n° 1757.

est bientôt presque oubliée ; l'esprit de la loi vit et se développe d'un mouvement progressif dans la jurisprudence.

Nous avons parlé du crédit dont jouissaient les jurisconsultes, du respect pour la science du droit. Nulle part peut-être ce respect n'éclate d'une façon plus manifeste que dans le récit des Instituts au sujet de l'établissement des fidéicommis et de la reconnaissance des codicilles. C'est le changement le plus profond que le régime des successions testamentaires ait subi. Le vieux droit des institutions d'héritiers et des legs a pu désormais être en grande partie éludé. Comment s'est opérée cette grave innovation ? Par l'avis des prudents, avis agréé de l'opinion publique. Des héritiers, auxquels des prières de restitution avaient été adressées par les testateurs, n'ont pas rempli ce devoir de fidélité et d'honneur. Leur perfidie a fait scandale, a ému la conscience de tous. Nous sommes à l'époque d'Auguste. Tout s'abaisse devant l'empereur ; il résume en lui les pouvoirs de toutes les magistratures, et sa puissance est moralement plus considérable encore. Mais il veut que le droit privé continue à se développer comme sous la République. Il assemble les jurisconsultes les plus autorisés de son temps. Il écoute ; il recueille les suffrages ; il se conforme à l'avis de la majorité qui exprime la *ratio juris*.

Détail plus saisissant encore ! Après cette délibération solennelle, l'innovation est-elle accomplie ? Non. Il faut que Labéon, un adversaire de la politique d'Auguste, un homme qui n'a pour lui que le crédit de sa science, donne l'exemple, fasse des fidéicommis dans un codicille, pour que le peuple ajoute foi à l'autorité de ces précédents, pour que la coutume nouvelle des fidéicommis et des codicilles soit considérée comme établie (1).

La coutume perd sa force sous Constantin le Grand (2) ; sa décadence coïncide avec le déclin de la science du droit. Mais le passé conserve son prestige, et un historien, dans une vie d'Alexandre Sévère adressée à Constantin Auguste, répondant à une question que lui avait faite l'empereur, n'hésite pas à répéter ce jugement populaire que si Alexandre Sévère fut un grand empereur, c'est surtout parce qu'il se laissa inspirer par le jurisconsulte Ulpien dans le gouvernement de l'empire (3)

Le droit romain s'est développé par la coutume sous la direc-

---

(1) *Inst.* lib. II, tit. 23, § 1, et tit. 25 pr.
(2) L. 2, Cod. 8, 53. Comp. av. la loi précédente.
(3) Lampridius, n° 51.

tion des prudents. La coutume semble quelque chose de vague, de flottant, d'inconsistant qui répugne à la précision scientifique. Les Romains ont évité ce défaut principalement par l'emploi de formules. Ceci demande explication. Que n'a-t-on pas dit et écrit sur et contre le formalisme du droit romain?

Le mot *formules* peut être employé dans deux sens très-différents. Il peut désigner ces formules étroites, immuables, empreintes d'un caractère religieux, dont étaient revêtus les actes juridiques dans le premier âge du droit. Ce formalisme implacable ne convenait qu'à un peuple dans l'enfance; il entravait l'essor de l'activité humaine (1). Le mot *formules* désigne également des sortes de modèles d'actes, des rédactions proposées, des types, œuvre des jurisconsultes, que les particuliers adoptaient librement, dont la modification n'offrait aucun danger, moyen ingénieux de guider la pratique, de mettre au service de tous le savoir et la sagesse de quelques-uns. Ces formules qui constituaient, non un formalisme légal et irritant, mais une discipline volontairement acceptée, ont rendu de grands services.

Nous retrouvons à peu près la même distinction dans la procédure contentieuse. Aux actions de la loi, formant un rituel minutieusement réglé, dans lequel la moindre irrégularité entraînait déchéance (2), ont succédé des formules souples et flexibles, au gré du magistrat qui les rédigeait, selon les intérêts et les circonstances, offrant sans rigueur excessive l'avantage de préciser les points litigieux et l'attitude respective des parties.

Le Digeste a partout conservé la trace de formules usitées dans les testaments, dans les contrats.

Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, a été un jurisconsulte très-influent, très-ingénieux, très-hardi. Comment se traduisent les services par lui rendus? Il a inventé des formules (3).

Le principe de l'exhérédation des héritiers siens est dérivé de la coutume. Il a été dirigé dans son cours et dans ses applications au moyen de formules proposées d'avance à l'adoption des testateurs, dont la rédaction est attribuée avec honneur à certains jurisconsultes, et dont le texte est commenté aussi soigneusement que celui d'une loi (4).

(1) Comp. L. 77, l. 195, *Dig.*, 50, 17.
(2) Gaïus, *Com.* 4, § 30. Comp. § 24.
(3) Cicéron, *De officiis*, lib. 3, § 14. Explic. des Inst. n° 1424.
(4) L. 29, pr., §§ 13, 14, 15, *Dig.* 28, 2. Les interprètes ont distingué plusieurs classes de postumes, postumes aquiliens, postumes velléiens, postumes juliens. Cela n'a d'intérêt que pour fixer les étapes de la jurisprudence jusqu'à la définition complète du principe.

La matière des obligations nous offre d'autres exemples. Le même Aquilius Gallus a fourni le moyen de terminer par l'acceptilation toute espèce de contestation. La formule reproduite aux Instituts, à cet égard, a le caractère d'un modèle général et embrassant tous les cas possibles, dans lequel chaque intéressé prend le type de ce qui convient à sa situation particulière (1).

Les contrats consensuels sont assurément ceux d'où le formalisme est le plus absent. Néanmoins nous voyons, dans les fragments du Digeste concernant la vente, un grand nombre de lois expliquant les conséquences et la portée de stipulations dans lesquelles la volonté des parties avait continué à s'encadrer, d'expressions consacrées par l'usage, formules traditionnelles, employées par les parties avec confiance parce que les prudents y avaient coopéré (2).

Les formules ont donc été un procédé de développement du droit coutumier à Rome. Des formules, reflet d'usages plus ou moins intelligents, simple copie de ce qui a été dit, fait ou écrit dans des cas semblables, il y en a sans doute chez tous les peuples; mais des formules préparées, délibérées, commentées par les hommes les plus sages et les plus instruits de la cité, la pratique acceptant la constante intervention de la science, c'est ce qui paraît avoir été propre à la législation romaine. Il en est résulté entre la pratique et la théorie une alliance des plus utiles à toutes deux. La pratique a été préservée de la routine, et la théorie, préservée des spéculations irréalisables. Il en est résulté pour tous l'habitude de la netteté des idées, de la propriété du langage, de l'analyse exacte et de la combinaison harmonieuse des éléments ou moyens juridiques appropriés à un but. Il en est résulté que la réalisation du droit dans les affaires a suivi les progrès de la science, et que la science a suivi les progrès de l'activité humaine.

Les Grecs ont promptement abandonné les parties aux inspirations de leur intérêt, et les tribunaux aux vagues suggestions de l'équité. Il ne reste de leur droit qu'un souvenir que les érudits ont quelque peine à préciser. Il a été; il ne vit plus même sur le sol où il est né (3).

---

(1) *Inst.*, liv. 3, tit. 29, § 2. Explic. n° 1689. Comp. M. Accarias, *Précis*, t. II, p. 718. L. 4, 5, *Dig.*, 2, 15.

(2) L. 38, L. 83, *Dig.*, 45, 1.

(3) M. Dareste, *Mémoire sur le droit attique;* Académie des sciences mor. et polit., comptes rendus, t. 103, p. 552, n° XIII. Voy. les curieuses et ingénieuses dissertations de M. Caillemer.

Les Romains ont traversé lentement les phases d'une forte discipline. Le principe du droit strict leur a imposé la nécessité de tout prévoir, de tout exprimer. Les formules ont été pour eux l'occasion d'élaborer une langue bien faite. Puis, peu à peu, progressivement, ils sont arrivés à affranchir la volonté des parties, la raison du juge de ces utiles soutiens. L'équité a profité de la suppression de préceptes rigoureux. Mais ce qui a cessé d'être règle a subsisté comme habitude, et la liberté a été concédée sans péril, parce que des mœurs étaient formées. Les Romains ont ainsi fondé une science vigoureusement conçue, nourrie de principes, riche de conséquences bien déduites, dont l'influence a été décisive pour l'éducation juridique des peuples modernes.

Le droit romain a subi, de sa naissance à sa maturité, une transformation profonde et presque complète. Quelle ressemblance y a-t-il entre le droit simple, rude, arbitraire et rigoureux de la loi des XII Tables et le droit savant, riche, équitable, protecteur de tous les intérêts, du second siècle de l'ère chrétienne? Ceux qui jugent le droit romain se placent tantôt à une époque, tantôt à une autre. De là un désaccord étrange entre les appréciations.

Pour les uns, c'est un droit grossier, étroit, formaliste jusqu'à l'iniquité. La puissance paternelle est sans limite; elle emporte le *jus vitæ ac necis*. Les femmes sont tenues dans une dépendance perpétuelle. L'achat, la possession prolongée, figurent parmi les modes de constitution de la puissance du mari sur l'épouse. Dans les contrats, la parole fait le droit; *uti lingua nuncupassit ita jus esto*, etc., etc.

Pour d'autres, le droit romain est un chef-d'œuvre de science, d'équité et de raison, la raison même écrite.

Pour s'entendre, il faut parler la même langue; pour voir de même, il faut se placer au même point de vue. Qu'est-ce que le droit romain? Quel est le droit qui, sous ce nom, a obtenu l'obéissance volontaire, l'adhésion spontanée des peuples modernes? Quel est le droit qui a mérité d'être l'objet d'un enseignement spécial, considéré comme un préalable nécessaire de l'explication de nos codes?

Rome a commencé par être soumise à des coutumes qui lui étaient communes avec une foule de peuples de même race.

Des historiens d'un profond savoir et d'une sagacité pénétrante ont établi avec une vérité qui a seulement besoin d'être contenue dans de prudentes limites, l'identité de mœurs primitives, déri-

vant de l'identité d'origine et de religion, entre les Indous, les Grecs et les Romains (1).

Chaque peuple s'est ensuite développé suivant son génie propre et caractéristique.

La Grèce a donné un sublime essor aux spéculations de l'intelligence ; elle a eu le sentiment du beau et a presque réalisé dans les arts l'idéal de la beauté.

Rome, douée d'un sens juste et d'un goût prononcé pour l'utile, s'est consacrée à la politique, au gouvernement et par-dessus tout à la science du droit. Rome a eu conscience de cette aptitude et en a fait sa mission (2).

Le droit qui a régi la Rome naissante ne lui était pas propre. Le droit qui mérite le nom de romain, non plus seulement par le lieu de son éclosion, mais pour son caractère, a paru, lorsque le peuple assis sur les bords du Tibre, en travaillant sur le fonds commun des coutumes de sa race, en a fait sortir une législation pénétrée de son esprit de gouvernement et de sociabilité.

C'est alors que la puissance sociale a franchi le seuil de la famille pour contrôler et modérer la puissance paternelle, a mis, dans l'intérêt des descendants, une borne à la liberté, d'abord absolue pour le père ou chef, de disposer des biens de la famille. C'est alors que les femmes ont été relevées de leur dépendance perpétuelle. C'est alors que l'adultère a été érigé en délit public et la paternité soumise à une preuve légale, à un examen judiciaire. C'est alors que le mariage a été purifié des effets originairement donnés à la cohabitation prolongée. C'est alors que toutes les conventions, non pas il est vrai possibles, mais utiles ou

---

(1) M. Fustel de Coulanges, *la Cité antique*. Comp. Ozanam, *Études germaniques*, t. I, 1re partie, chap. 3, p. 162 et suiv.; p. 172 et suiv.; p. 185.

(2) Qui ne se rappelle les vers de Virgile?

Excudent alii spirantia mollius æra,
Credo equidem ; vivos ducent de marmore vultus ;
. . . .
Tu regere imperio populos, Romane, memento ;
Hæ tibi erunt artes, pacisque imponere morem, etc.
. . . .
Saturni gentem, haud vinclo nec legibus æquam
Sponte sua veterisque dei se more tenentem.

Voir M. Denis, *Histoire des idées morales dans l'antiquité*, t. I, p. 390. « Dédaigneux de l'utile et passionnés pour le beau, les Grecs ont merveilleusement saisi le côté poétique des choses morales; mais le côté pratique, ce qui peut servir au droit, ils l'ont toujours beaucoup trop négligé, etc. » — T. II, p. 325. « Rome, avec des qualités moins brillantes, avait ce bon sens et cette conduite qui fondent les œuvres durables. »

sérieusement réfléchies, ont été sanctionnées. Le droit n'a plus seulement protégé les forts et les habiles, mais encore les ignorants et les faibles. La violence et le dol ont été partout réprimés La justice sociale s'est exercée avec équité sur tous les rapports des individus entre eux. Tel est le vrai droit romain, celui qui possède et révèle l'esprit gouvernemental et la sagesse politique de Rome (1).

Sans doute les lettres grecques ont contribué au développement intellectuel des farouches descendants de Romulus. Mais cette lumière venue du dehors a fait éclore sur le sol romain des institutions juridiques inconnues à la Grèce.

Nous effleurons et nous résolvons ainsi un problème qui divise les savants et qui a été éclairé par de récents travaux. Nous n'en dirons qu'un mot, et seulement pour faire entrevoir un champ de réflexion et d'étude à la curiosité de nos lecteurs.

Quelle a été l'influence de la Grèce sur la formation du droit de Rome?

On a discuté sur la réalité d'une députation envoyée en Grèce et de l'intervention d'un Grec exilé dans la rédaction de la loi des XII Tables (2).

Le problème doit être envisagé de plus haut et sous un aspect plus large. Les Romains ont-ils reçu de leurs communications avec la Grèce un aliment notable, un germe actif de progrès, une direction pour le développement de leur droit?

La comparaison des deux législations démontre la négative.

Que pour comprendre les mœurs primitives de Rome, la constitution des *gentes* par exemple, un coup d'œil jeté sur la société grecque soit utile et fécond, cela est vrai. Quelques analogies apparaissent (3).

Mais dès que le droit romain a grandi, dès qu'il a répondu aux besoins et aux instincts du peuple qu'il régissait, il s'est distingué

---

(1) L'ordre et la paix ont été, selon les anciens, le but et le résultat de la conquête romaine. Plutarque, ce Grec romanisé, l'a exprimé avec force: « Les empires... se remuaient au hasard et se heurtaient les uns contre les autres, jusqu'à ce que Rome, prenant force et accroissement, s'agrégeât les autres peuples et jetât les solides fondements d'un ordre pacifique. », *Fortune des Romains*, ch. I, 2.

(2) Pomponius, I, 2, § 4. *Dig.*, 1, 2. Voy. le premier volume de cet ouvrage, *Histoire de la législ. romaine*, p. 97, n. 109.

(3) Grote, *Histoire de la Grèce*, trad. par de Sadous, t. IV, p. 103 et suiv. Comp. M. Dareste, *Mémoire sur le droit attique*, n° VII, *loc. cit.*, p. 535.

profondément du droit hellénique. Organisation de la famille, règlement des successions, formation des contrats, partout éclatent des différences caractéristiques (1).

Si la Grèce vaincue a subjugué son vainqueur, c'est au point de vue des beaux-arts, au point de vue des conceptions philosophiques, au point de vue de la culture générale de l'esprit, mais non au point de vue de l'art de gouverner et de faire régner l'ordre et la paix par la justice (2).

Si le stoïcisme s'est répandu dans la société romaine, c'est qu'il s'est trouvé en harmonie avec les tendances propres du génie romain, tendance à l'unité du gouvernement en ce monde, tendance à l'universalité de la justice. Il a trempé des caractères et produit des actes d'héroïsme. Mais il n'a pas créé cette jurisprudence civile, judicieuse, modérée, pratique, pleine de nuances et dépourvue de roideur, vraiment humaine et nullement systématique, cette jurisprudence qui, après la disparition du stoïcisme, n'a presque rien eu à changer de ses règles pour s'appliquer à des peuples imbus d'autres idées philosophiques ou religieuses (3).

En résumé, les lois modernes ont des interprètes, des commentateurs. Rome a eu des jurisconsultes, des *juris conditores*, qui ont présidé au développement du droit en suggérant des coutumes, en fécondant les germes déposés dans les lois, en restant le conseil écouté des parties, des magistrats et des juges. C'est à leur influence qu'est due principalement la perfection scientifique de la jurisprudence des premiers siècles de l'empire.

---

(1) M. Dareste, *Mémoire* déjà cité, *loc. cit.*, p. 526 et suiv. — M. Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 155.

(2) On lira sur ce point une appréciation différente dans l'ouvrage si intéressant et si bien écrit de M. Petit de Julleville sur la Grèce sous la domination romaine, p. 146, 203, 262. Que les Romains aient emprunté à la Grèce telle ou telle institution, le *chirographum*, l'*hypotheca* peut-être, nous ne le nions pas. Ils avaient l'habileté, nous l'avons reconnu, d'imiter ce qu'ils jugeaient bon chez les autres et de prendre leur bien partout où ils le trouvaient. Encore ont-ils changé selon leur génie le chirographe et l'hypothèque. Mais ils n'ont certes pas appris des Grecs cette sagesse pratique, ce goût de l'utile, cet art de gouverner que les Grecs ne possédaient pas.

(3) Voy. pourtant M. Denis, *Op. cit.*, t. 2, p. 55 et suiv. Le droit romain, comme cet auteur en fait la remarque, est resté à beaucoup d'égards bien au-dessous des visées du stoïcisme. Cela est vrai. Cela même est une preuve que le caractère romain, plus prudent que généreux, voulant le possible, ne rêvant pas l'absolu, n'a pas été transformé par le stoïcisme.

C'est leur autorité qui a imprimé au droit romain le caractère d'une législation incessamment progressive.

Ces considérations générales peuvent aider à l'intelligence des monuments du droit romain. Le respect du passé et l'esprit d'innovation, en se combinant, y ont laissé des vestiges qui seraient une complication fatigante, si on n'y apercevait, avec un intérêt soutenu, les traces des efforts d'un peuple voulant réaliser de plus en plus et de mieux en mieux la combinaison du juste et de l'utile, y réussissant avec un succès jusqu'alors inouï. Par cette lente et toujours apparente formation, le droit romain a mérité d'être étudié avec une ardeur égale par deux classes de juristes. Il a fourni des documents précieux à ceux qui aiment à remonter aux origines ; il a été cultivé avec fruit par ceux qui veulent avant tout suivre la marche de l'esprit humain vers la perfection.

J. E. Labbé.



EXPLICATION

DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS EMPLOYÉES DANS LES CITATIONS DE TEXTES

Gai. *ou simplement*. G. 2. 22. — *Gaius* (*Instituts*), *commentaire* 2, *paragraphe* 22.

Ulp. Reg. 24. 26. — *Règles d'Ulpien* (*livre unique*), *titre* 24, *paragraphe* 26.

Ulp. Instit.— *Fragment des Instituts d'Ulpien, tiré de la comparaison des lois de Moïse et des lois romaines,* titre XV (*d'après une autre division XVI*), De legitima successione. §§ 5. 6. 7. 8 et 9.

Paul. Sent. 3. 6. 17.— *Sentences de Paul, liv.* 3, *tit.* 6, *paragraphe* 17.

Frag. de Jur. fisc. § 1.— *Fragment sur les droits du fisc, attribué au jurisconsulte Paul.*

Fragm. de manumissionibus. § 1.— *Fragment sur les manumissions, qui nous a été transmis par Dosithée;* livre 3 *interpretamentorum.*

Cod. Théod. 8. 12. 8. § 1. const. Honor. et Théodos. — *Code Théodosien, livre* 8, *titre* 12, *loi* 8, *paragraphe* 1, *constitution d'Honorius et de Théodose.*

Vatic. J. R. Frag. § 7. — *Fragments de droit romain découverts par M. Maï, dans la bibliothèque du Vatican, paragraphe* 7.

LL. Mosaic. et Rom. coll. 16. 4. — *Collation des lois de Moïse et des lois romaines, titre* 16, *paragraphe* 4.

Dig. *ou simplement* D. 38. 7. 2. § 1. f. Ulp.; *ou bien* Ulp. f. 2. § 1. Dig. 38. 7. — *Digeste, livre* 38, *titre* 7, *loi* 2, *paragraphe* 1, *fragment d'Ulpien.*

Cod *ou simplement* C. 5. 17. 8. § 4. const. Théod. et Valent. ou bien Théod. et Valent. liv. 8. § 4. C. 5. 17. — *Code* (*de Justinien*), *livre* 5, *titre* 17, *loi* 8, *paragraphe* 4, *constitution de Théodose et de Valentinien.*

Inst. 3. 4. 2.—*Instituts* (*de Justinien*), *livre* 3, *titre* 4, *paragraphe* 2.

Théoph. hic. — *Théophile* (*sa Paraphrase des Instituts*), *sous ce paragraphe.*

App. 1, liv. 1. — *Appendice premier du livre premier.*

Studem. apog. — *Apographum de Studemund;* révision du manuscrit de Gaius, par Studemund, savant philologue. 1866–1868.

PROLÉGOMÈNES
SUR JUSTINIEN ET SUR LES INSTITUTS.

Nous devons mettre en tête de ce travail quelques notions historiques sur l'auteur des *Instituts*, et sur le livre lui-même.

JUSTINIEN
(NÉ EN 482, EMPEREUR EN 527, MORT EN 565)

Justinien a été surnommé *le Grand*, et, à ne considérer que les choses de son règne, l'homme à part, certes ce surnom n'est pas usurpé. Son empire, comme il le dit lui-même dans le préambule de ses *Instituts*, a brillé par les armes et par les lois. Mais il lui est arrivé ce qui arrive aux princes autour desquels rayonnent les actions d'une époque illustre. On attribue uniquement les victoires aux généraux, les institutions législatives aux jurisconsultes, les chefs-d'œuvre de poésie et de beaux-arts aux poëtes et aux artistes; on dépouille le chef de sa toge impériale, sous la pourpre on cherche l'homme, on le met à nu; et on se plaît à le montrer faible, difforme, petit, lui que son siècle et l'histoire ont surnommé *le Grand*.

Cette réaction à l'égard de Justinien n'a pas attendu la postérité pour se faire sentir. L'historiographe même de ses guerres, le narrateur de ses constructions et de ses édifices, celui qu'il avait mis à la suite de ses généraux comme pour recueillir les faits, celui à qui il avait fait livrer tous les plans et devis de son architecture, Procope, après avoir publié les huit premiers livres de son histoire, en quelque sorte officiels, en a réservé un neuvième, nommé le *Livre des anecdotes*, ou l'*Histoire secrète*, pour dévoiler, en style de libelle, les vices et les crimes de l'empereur et de l'impératrice, « afin, dit-il, que ceux qui exerceront plus tard le pouvoir suprême puissent se persuader, par de tels exemples, quelle exécration attend pour eux-mêmes leurs forfaits, » et le témoignage de Procope ne reste pas isolé, celui des historiens contemporains ou voisins de cette époque, tels qu'Évagrius, Agathias, Jean Zonaras, vient s'y joindre et le corroborer.

On dit communément que Justinien passa d'une cabane de l'Illyrie sur le trône de Constantinople; mais ce passage ne fut pas brusque et sans transition. Né à Taurisium, de *Sabatius*, son père, et de *Biglenisa*, sa mère, le jeune *Uprauda*, car c'était ainsi qu'on le nommait en langue slave, fut élevé à Bederina, patrie de son oncle maternel Justin. Ces deux villes étaient situées

sur les confins de la Thrace et de l'Illyrie; d'où les uns le disent Thrace et d'autres Illyrien. Adopté en quelque sorte par les soins de son oncle Justin, qui de soldat était devenu successivement tribun militaire, préfet du prétoire, puis empereur, il suivit la fortune de cet oncle, et prit de lui le nom de Justinien, selon la désinence en usage pour la dénomination des adoptés. Il passa quelque temps en Italie, auprès de Théodoric, auquel Justin, étant préfet de l'armée romaine, l'avait donné en otage; mais aussitôt après l'élévation de ce dernier à l'empire, il fut renvoyé à Constantinople. Là, successivement investi du magistériat, du consulat, du patriciat, du comitiat, du nobilissimat, il se vit enfin élevé à l'espérance de la succession impériale. En effet, créé César et associé à l'empire, aux calendes d'avril 527, avec l'adhésion forcée, selon Procope, et selon d'autres historiens, sur la proposition même du sénat, la mort de Justin, survenue quatre mois après, le laissa seul empereur d'Orient, aux calendes d'août 527, à l'âge de quarante-cinq ans, d'après Zonaras.

Avec lui monta sur le trône de Constantinople Théodora, qui en avait servi le cirque et orné le théâtre, qui en avait habité le fameux portique de prostitution, l'*Embolum,* où elle fit, plus tard, comme en signe d'expiation, élever le temple de Saint-Pantaléon. Justinien, pour l'épouser, avait obtenu de son oncle Justin l'abrogation des antiques lois qui prohibaient les noces entre les personnes de dignité sénatoriale et les comédiennes. La constitution nouvelle de Justin était conçue en termes généraux, dans un système d'égalité plus libérale entre les citoyens, dans le but d'ouvrir une voie au repentir, et pour appliquer les principes de la religion chrétienne, qui a toujours le pardon prêt pour ceux qui s'amendent (1). Justinien confirma lui-même, plus tard et à diverses reprises, cette constitution (2). Procope appelle cela une chose détestable. « Nul des sénateurs, nul des antistions, dit-il, ne songea à s'y opposer, et ceux qui naguère avaient été les spectateurs de Théodora au théâtre du peuple, se prosternaient maintenant, les mains suppliantes, devant elle, comme ses esclaves. »

Quand Justinien parvint au trône, l'invasion des Barbares dans le Midi s'était assise. L'Afrique et l'Espagne étaient aux Vandales et aux Goths; les Gaules aux Francs, aux Bourguignons, aux Visigoths; l'Italie aux Ostrogoths, et les autres parties de l'Occident à d'autres bandes de Barbares. L'empire de Constantinople subsistait seul; il conservait encore l'épithète de Romain, qu'il aurait dû perdre avec Rome pour prendre celle de Grec. Il ne restait plus dans l'Orient des mœurs originaires de Rome que quelques mots, quelques souvenirs et plusieurs vices : le grec était la langue généralement répandue, le latin presque entière-

(1) Cod. 5. 4. *De nuptiis*, const. 23.
(2) Novelle 89, ch. 15. — Novelle 117, ch. 6.

ment oublié dans l'usage vulgaire. Les disputes sur la religion et sur le cirque agitaient tous les esprits. Sur la religion, des opinions nouvelles, émises par quelques-uns, combattues par d'autres, remplissaient l'empire de discussions théologiques, et divisaient les chrétiens en plusieurs sectes : les orthodoxes et les hérétiques, eutychiens, ariens ou autres, qui toutes se réunissaient pour réprouver les juifs et les idolâtres. Dans le cirque, les couleurs que prenaient les écuyers qui se disputaient le prix partageaient la ville en quatre factions : les blancs, les rouges, les bleus et les verts. C'étaient surtout ces deux derniers partis, les bleus (*veneti*) et les verts (*prasini*), dont les rivalités aigrissaient les esprits à l'époque de Justinien; et ces divisions, nées pour une cause frivole, s'étaient transformées graduellement en des divisions politiques ardentes et envenimées.

Justinien subit l'influence de cet état de la société. Ses lois et ses persécutions contre tous ceux qui n'étaient pas chrétiens orthodoxes; le massacre qu'il ordonna de tous les juifs samaritains qui s'étaient révoltés dans la Palestine; l'ardeur avec laquelle il embrassa le parti des bleus contre les verts; les résultats fâcheux qu'entraîna plus d'une fois cette prédilection; enfin la sédition terrible des verts, dont il faillit être la victime, sont des conséquences de cette influence. La sédition dont nous parlons, qui eut lieu en 532, se compliqua de diverses causes de soulèvement : l'exaspération des verts parut la commencer; le mécontentement du peuple contre les exactions de Jean, préfet du prétoire, et de Tribonien, alors questeur, vint s'y joindre; enfin elle se résuma dans la tentative de replacer sur le trône la famille d'Anastase, l'avant-dernier empereur. Constantinople entière était soulevée, des sénateurs unis au peuple, Justinien assiégé dans son palais, et le nouvel empereur, Hypatius, neveu d'Anastase, proclamé et inauguré dans le cirque, lorsque Bélisaire, arrivé de Perse avec ses soldats, et Mundus, gouverneur d'Illyrie, avec un corps d'Hérules, débouchèrent dans l'enceinte que remplissait le peuple. Plus de trente mille personnes, au dire des historiens, furent massacrées dans cette répression, et deux neveux d'Anastase, dont on parvint à s'emparer, Hypatius et Pompéius, furent, sur les ordres de Justinien, décapités, et leurs corps jetés au Bosphore.

Les guerres, les constructions architecturales et les lois forment les trois grandes catégories des actes de Justinien; les travaux ordonnés par lui sur ces trois points marchaient de front, sans que les uns suspendissent les autres.

Avec Bélisaire, le premier des généraux de Justinien, reparurent des soldats, la discipline, le courage, l'audace et les triomphes. Les Instituts et le Digeste n'étaient pas encore promulgués, que le royaume des Vandales était renversé dans l'Afrique, et cette contrée, rattachée de nouveau comme préfecture à l'empire, se divisait en diocèses, en provinces, recevait un Préfet, des

Recteurs, des Présidents (an 533). Aussi Justinien, qui, dans le titre de ses lois, s'était contenté jusque-là des épithètes vulgaires de *Pius, Felix, semper Augustus,* en publiant ses Instituts surchargea-t-il son nom des surnoms de *Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Alanicus, Vandalicus, Africanus,* et de plusieurs autres encore, dont la plupart ne lui étaient pas dus.

A l'Afrique succéda bientôt la Sicile, à la Sicile l'Italie, et enfin les Goths abandonnèrent Rome elle-même, dont les clefs furent, comme un gage de sujétion, envoyées à Constantinople. Mais prises et reprises tour à tour par les Barbares et par les armées de Justinien, les villes d'Italie n'étaient pas encore définitivement reconquises. L'eunuque Narsès, qui remplaça Bélisaire, n'était pas indigne de cet honneur : il acheva glorieusement l'ouvrage de son prédécesseur. Livrant toute l'Italie à l'empire d'Orient, il reçut, sous le titre d'*Exarque,* le commandement de ces contrées, et s'établit à Ravenne, qu'il choisit pour la capitale de son *Exarchat.* Quant au vieux Bélisaire, tombé en disgrâce, accusé de complot, dépouillé de ses dignités et de ses honneurs, réintégré, mais trop tard, quoique dès l'année suivante, il mourut, et la poésie et la peinture s'emparant de ses malheurs, les ornant de tout le merveilleux de leurs fictions, l'ont montré les orbites brûlées par le fer et fermées pour toujours à la lumière, demandant aux passants, dans son casque, sous la conduite d'un enfant, une obole pour Bélisaire. C'est ainsi que la tradition poétique a imputé à Justinien un crime qu'il n'avait pas commis.

Ses guerres contre les Perses furent moins heureuses dans leurs résultats que celles d'Afrique et d'Italie. Il acheta plusieurs fois la paix de Chosroès, qui, une fois l'argent livré, recommençait presque incessamment ses attaques ; il finit par rendre l'empire annuellement tributaire des Perses d'une somme de cinq cents livres d'or. Des tributs semblables furent concédés aux Huns, aux Abares, aux Sarrasins et à d'autres Barbares, pour avoir leur paix ou leurs services militaires. Ce n'est pas Procope seul qui lui reproche ces tributs comme une honte et comme une chose funeste à l'empire, c'est Jean d'Épiphane, c'est Menander, ce sont la plupart des historiens de ces temps.

Quant aux travaux d'architecture de Justinien, ils ont fourni à Procope le sujet d'un ouvrage spécial (*De ædificiis*). Il n'y avait, dit-on, presque pas une ville où il n'eût fait construire quelque magnifique édifice; pas une province où il n'eût bâti ou réparé quelque ville, quelque fort ou quelque château. C'est à lui qu'appartient la construction de Sainte-Sophie, ce temple chrétien transformé en mosquée par Mahomet II, dont s'enorgueillit encore aujourd'hui la ville de l'Islamisme, et dont la coupole majestueuse a servi de modèle à celles de Venise, de Pise et de Saint-Pierre de Rome. « Salomon, je t'ai vaincu ! » s'écria Justinien lorsque Sainte-Sophie fut achevée; et on rapporte qu'il y fit placer

en effet, sculptée sur la pierre, l'image du grand roi de Jérusalem, triste et la figure abattue, tandis qu'il contemple la basilique, comme s'il déplorait de voir son temple surpassé. Mais les magnificences et les prodigalités architecturales des princes s'achètent par l'argent et par la sueur des peuples. Justinien accabla l'empire d'impôts, il eut recours à toutes les ressources de la puissance impériale sur l'État, sur les provinces, sur les villes, sur les particuliers, « et les masses d'or et d'argent accumulées de toute manière, disent les historiens, il les épuisa chaque jour, soit en tributs aux Barbares, soit en édifices. »

Les œuvres législatives de Justinien ont plus contribué à immortaliser son nom que ses guerres et ses édifices. Depuis que, sous Alexandre Sévère, s'était interrompue la série de ces hommes illustres qui, par leurs ouvrages, avaient porté la lumière et le raisonnement dans la jurisprudence, aucun grand jurisconsulte n'avait paru : l'étude des lois n'avait pas été entièrement abandonnée, mais elle n'avait produit que des hommes ordinaires, qui, se bornant à suivre les écrits laissés par les *prudents* et les constitutions des empereurs, occupaient les magistratures, dirigeaient les plaideurs (*advocati, togati*), ou donnaient des leçons de droit (*antecessores*) dans les écoles publiques, parmi lesquelles s'élevaient celle de Constantinople et celle de Béryte. Ce n'étaient en quelque sorte, pour employer l'expression d'un poëte, que les larves et les spectres des jurisconsultes anciens. Du reste, les plébiscites de l'ancienne Rome, les sénatus-consultes, les édits des préteurs, les livres nombreux des prudents, les codes de Grégorius, d'Hermogène, de Théodose, les constitutions de tous les empereurs venus ensuite, accumulés, confondus, se contredisant, s'étouffant, formaient un véritable chaos législatif. Ce fut ce chaos que la législation de Justinien eut pour but d'éclaircir. Entre tous les jurisconsultes qu'il employa à son œuvre, on distingue surtout Tribonien ou Tribunien, qui en a dirigé presque tous les travaux. Ce fut ainsi que Justinien publia successivement : le *Code*, les *cinquante Décisions*, le *Digeste* ou *Pandectes*, les *Instituts*, la nouvelle édition du *Code*, et enfin les différentes *Novelles*, dont la réunion forme ce qu'on nomme le *Corps de droit* de Justinien. Il réorganisa aussi l'enseignement du droit et l'institution des écoles.

L'empereur ne survécut pas longtemps à Bélisaire ; il mourut en 565, après un règne de 39 ans, âgé d'environ quatre-vingt-quatre ans.

Il fut un temps, à l'époque de l'étude générale et florissante des lois romaines en Europe, où c'était une passion d'attaquer ou de défendre sa mémoire ; où les historiens et les jurisconsultes se divisaient en deux sectes : les *justinianistes* et les *anti-justinianistes*. Montesquieu est bien loin de l'épargner : « La mauvaise conduite de Justinien, dit-il, ses profusions, ses vexations, ses

rapines, sa fureur de bâtir, de changer, de réformer, son inconstance dans ses desseins, un règne dur et faible, devenu incommode par une longue vieillesse, furent des malheurs réels, mêlés à des succès inutiles et à une vaine gloire. » C'est à peu près le résumé laconique des inculpations de Procope, d'Évagrius (1), d'Agathias et de Jean Zonaras contre lui.

Crédule à la flatterie, il se laissait dire par Tribonien, selon le témoignage d'un auteur contemporain, Hesychius Milesius, qu'il serait enlevé au ciel tout vivant. Aussi, dans le langage oriental et hyperbolique d'un grand nombre de ses constitutions, qui dépasse même celui de ses prédécesseurs, nous voyons les sujets autorisés *à invoquer son éternité*, sa bouche est une *bouche divine*, ses lois sont de *divins oracles*, des *souffles divins* (2); c'est la trace, sans doute, de l'adulation de Tribonien. Avide d'immortalité, il faisait imposer son nom à toute chose, jusqu'à la superbe colonne de Théodose le Grand, dont il faisait arracher la statue d'argent, pour y substituer la sienne. On compte dix-neuf villes, sur toute la surface de l'empire, qui reçurent son nom. La forteresse de Mysie, le port de Byzance, le palais impérial, le diadème, la lettre J, ses livres de droit, les étudiants des écoles, plus de douze magistratures, des corps de milice, tout cela s'appelait *Justinianéen*.

La même prodigalité existait pour Théodora : et sans doute, sur ce point, le servilisme des courtisans asiatiques venait en aide à l'orgueil de l'empereur et de l'impératrice. « Lorsque Justinien fut parvenu à l'empire, dit Jean Zonaras, il n'y eut pas un seul pouvoir, mais deux; car sa femme était non moins, mais peut-être plus puissante que lui. » En plus d'une occasion, il lui remit le sceptre qu'il aurait dû porter lui-même; rendant des lois à sa demande; la citant dans ses constitutions comme son conseil dans le gouvernement; les titres, les triomphes, les inscriptions sur les monuments publics, même le serment des fonctionnaires, étaient communs à l'un et à l'autre.

Du reste, Justinien se piquait d'être versé dans l'étude de la philosophie, de la théologie, des arts et des lois; il décidait de son autorité des controverses théologiques, il traçait lui-même le plan de ses monuments, il revisait ses lois. Le projet qu'il conçut personnellement de les réformer et de les codifier, quoique emprunté à de précédents essais, suffit pour honorer son intelligence législative. Il eut le mérite de persévérer dans sa volonté, et d'amener à fin ce grand ouvrage.

Les jurisconsultes, surtout ceux de l'école historique, lui ont reproché amèrement d'avoir, dans son corps de droit, mutilant sans respect les anciens auteurs, défiguré leurs opinions et celles des empereurs. Agissait-il en historien ou en législateur? Devait-il donner à ses sujets un tableau de la science du droit ancien, ou

(1) Évagrius, liv. 4, ch. 29 et 31. — (2) Cod. 11. 9. 2, const. Valent. Theod. et Arcad. — 1. 17. § 6, const. Justinian.

devait-il leur donner des lois? Il ne faut pas juger les choses par rapport à nous, à qui Justinien ne songeait pas, mais par rapport aux habitants de Constantinople et de l'empire. D'ailleurs, pour être équitable, ce n'est pas le corps de droit de Justinien, mais la barbarie qu'il faut accuser de la perte des manuscrits des anciens monuments du droit.

La plupart des changements législatifs qu'introduisit Justinien sont heureux pour son époque; il ne s'agissait plus de Rome, d'institutions aristocratiquement républicaines, de droit rigoureux : écartant ce qui n'était alors pour l'Orient que subtilités inutiles, il créa plusieurs systèmes plus naturels, partant, plus simples, plus équitables; il ne laissa plus que quelques traces de ce qu'on appelait le droit strict; et, dans une novelle, il finit même par les effacer entièrement, en détruisant ce qu'il y avait jadis de plus caractéristique dans ce droit, la composition civile des familles et les droits attachés à cette composition. Il ramena cette partie essentielle du droit civil à l'observation de la parenté naturelle, des liens du sang. Sa législation sur les esclaves et sur les affranchis fut également douce et chrétienne.

Une chose qu'il est important de remarquer, c'est que ce n'est pas le corps de droit de Justinien qui a été recueilli, compulsé et arrangé par les Barbares dans leurs établissements européens; ce sont les écrits des anciens jurisconsultes romains, les constitutions du Code théodosien; c'est de là que furent tirées la loi romaine des Visigoths et la loi romaine des Bourguignons. Nous étudions dans nos facultés les lois de Justinien seules, oubliant entièrement les autres, et cependant ce ne sont point ces lois qu'on rencontre en remontant aux premiers temps de la formation de notre monarchie. Mais, au moyen âge, lorsque l'étude du droit romain fut ravivée et propagée en Europe, ce fut sur le corps de droit de Justinien qu'elle s'appliqua, et certainement la législation de cet empereur, plus naturelle et plus humaine, exerça alors sur la civilisation européenne une influence que n'aurait pu avoir le droit subtil et contre nature qui l'avait précédée.

Il est devenu vulgaire cependant, comme un dicton, de reprocher à Justinien ses idées d'innovations successives, ce Code modifiant le Digeste et les Instituts, ces Novelles modifiant le Code, et se détruisant quelquefois entre elles; ce qui a conduit jusqu'à cette imputation, calomnieuse contre lui, qu'il aurait participé au trafic infâme dont Tribonien a été accusé, dans la vente à prix d'or des jugements et même des lois.

En somme, Justinien a été un empereur guerroyant, architecte et législateur : de ses guerres il n'est rien resté; de son architecture, quelques monuments; mais ses lois ont régi le monde, et forment encore la base des législations européennes.

Au dernier rang, la guerre; au-dessus, les arts; et au-dessus encore, les institutions!

INSTITUTS.

Institutes : Telle est la traduction coutumière, mais certainement peu française, du mot latin *Institutiones*, que les jurisconsultes romains donnaient le plus souvent pour titre à leurs traités élémentaires de droit. Ferrière a disserté, selon l'usage, assez longuement, dans son *Histoire du droit* (chap. 23), pour prouver qu'il faut dire *Institutes* et non pas *Instituts*. La première dénomination était reçue dans les pays de coutume, c'est-à-dire dans le nord de la France, et elle y prédomine encore ; mais dans les pays de droit écrit, précisément ceux où régnait la loi romaine, on disait, et l'on dit plus communément *Instituts*. C'est l'expression dont se sert M. Berriat-Saint-Prix, notre regrettable collègue, auteur si judicieux et si exact dans tout ce qui tient à l'érudition (1); c'est aussi celle que j'ai adoptée.

Il est peu de personnes qui, par *Instituts*, entendent autre chose que l'ouvrage promulgué par l'empereur Justinien. Cependant le sens doit en être généralisé. La dénomination d'*Instituts* formait un titre consacré en jurisprudence romaine pour les traités dans lesquels se trouvaient exposés d'une manière simple et méthodique les principes et les éléments généraux du droit. C'est au beau siècle de la science, dans ce siècle qui commence à Adrien et qui finit à Alexandre Sévère, que nous trouvons en grand nombre ces sortes d'ouvrages ; les plus illustres jurisconsultes ne dédaignèrent pas d'en composer, et d'initier ainsi à la première connaissance des lois ceux qui se vouaient à cette étude. Les *Instituts de Justinien* ne furent qu'une imitation, et le plus souvent qu'une copie de ceux qui les avaient précédés. Voici l'indication des Instituts dont l'existence nous est révélée ; ils se placent tous dans les soixante-dix années qui séparent le règne d'Antonin le Pieux et celui d'Alexandre Sévère :

Instituts de Gaius, composés de quatre livres sous la dénomination de commentaires ;

Instituts de Florentin, en douze livres ;

Instituts de Callistrate, en trois livres ;

Instituts de Paul, Instituts d'Ulpien, chacun en deux livres ;

Et enfin *Instituts de Marcian,* qui comprenaient seize livres.

Ce sont là les instituts romains, nés sur le sol de l'Italie, au bord du Tibre, dans la cité romaine. Les instituts de Justinien, qui vinrent trois cents ans plus tard, ne sont que des instituts byzan-

(1) Voir son *Histoire du droit romain*, tit. 3, ch. 4.

tins, nés sous l'influence asiatique, au bord du Bosphore, dans le palais impérial de Constantinople. Aussi l'observateur éclairé ne manquera-t-il pas d'y sentir vivement la différence d'origine, de peuple et de civilisation.

De tous ces instituts, les premiers et les derniers seulement, c'est-à-dire ceux de Gaius et de Justinien, sont parvenus jusqu'à nous; c'est en quelque sorte le haut bout et l'extrémité inférieure de l'échelle. Leur comparaison nous permet d'apprécier la transition qui, d'un intervalle à l'autre, s'est opérée dans les mœurs et dans les institutions. Quant aux autres, ils ne nous sont connus que par des fragments épars, rapportés dans divers passages du Digeste de Justinien.

Les Instituts de Gaius eux-mêmes avaient subi le sort commun; et ce jurisconsulte, dont nous ne connaissons les ouvrages que par leur titre et par quelques citations, était confondu dans la foule illustre des *prudents,* ses contemporains, lorsque la main du hasard, entre tant d'autres, a pris son œuvre, et après plus de dix siècles de ténèbres, l'a fait paraître tout d'un coup à la lumière.

Les Barbares qui s'étaient établis dans le midi des Gaules, les Visigoths, avaient inséré dans leur recueil officiel de lois romaines, qu'on a nommé le *Bréviaire d'Alaric,* quelques fragments, et le plus souvent une analyse mutilée de ses Instituts. Les jurisconsultes de l'école de Cujas, et notamment Pithou, son illustre élève, avaient extrait ces fragments et ces analyses, et les avaient réunis et publiés en un volume : c'était là tout ce que nous possédions sous le nom d'*Epitome des Instituts de Gaius.*

Cependant les véritables Instituts avaient survécu; le moyen âge les avait possédés : qui sait en combien de manuscrits! L'un de ces manuscrits était en Italie; mais je vois un moine, aux jours de la barbarie européenne, qui en lave, qui en gratte le parchemin; sur les débris de cette écriture profane, il substitue une œuvre sacrée, les *Épîtres de saint Hiérôme;* le volume saint prend sa place dans la bibliothèque du couvent, et bien des siècles après, en 1816, le chapitre de Vérone le possédait encore.

C'est là que deux illustres Allemands, Niebuhr et Savigny, l'ont reconnu; que des tentatives réitérées ont permis de raviver et de déchiffrer l'ancienne écriture, et que les vrais Instituts de Gaius ont été rendus au monde savant presque dans leur intégrité. « Cette découverte, a dit avec raison M. Hugo dans l'*Histoire du droit romain,* qu'il a donnée à l'Allemagne, a placé la science historique du droit romain dans une situation où ne s'est encore trouvée aucune branche analogue des connaissances humaines : celle d'avoir à sa disposition une des meilleures sources, qui a surgi à l'improviste, et dans laquelle n'avait pu puiser aucun des auteurs qui ont écrit jusqu'à nos jours. »

Les Instituts de Gaius se rapportent au temps d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle, car c'est sous ces princes que leur

auteur a vécu : ce point est désormais incontestable. Le droit de cette époque s'y trouve révélé, sans aucune altération, dans sa pureté, tel qu'il était alors; et ces révélations ne s'appliquent pas seulement au droit, elles s'étendent aux mœurs, aux institutions, en un mot à la société de ces temps, sous presque toutes ses faces d'intérieur et de publicité.

Quant aux Instituts de Justinien (qui ont porté dans le Bas-Empire le titre plus récent d'*Instituta*, au lieu de celui d'*Institutiones*, et même la simple dénomination d'*Elementa*), c'est à une tout autre société qu'ils appartiennent. L'empereur avait déjà promulgué le *Code* des constitutions impériales; il avait déjà fait commencer le travail des *Pandectes* ou *Digeste*, qui avançaient rapidement, lorsqu'il ordonna la composition de ses Instituts, qui furent tirés, comme il le dit lui-même, de tous ceux des anciens, mais surtout de ceux de Gaius. En effet, aujourd'hui que nous pouvons les comparer entre eux, nous voyons que les Instituts de Justinien furent en quelque sorte calqués sur ceux de Gaius : la distribution des matières y est la même, et une infinité de passages y sont identiques.

Rédigés sur le même plan, ils sont divisés en quatre livres, comme ceux de Gaius en quatre commentaires; mais l'empereur voit à cette division un autre motif : il avait, selon ses propres expressions, partagé le Digeste en sept parties, « en considération de la nature et de l'harmonie des nombres; » il partage donc les Instituts en quatre livres, afin qu'on y trouve les *quatre éléments*... de la science. C'est de l'art cabalistique dans un cas, et dans l'autre, c'est un jeu de mots.

Les Instituts, dont la rédaction avait été promptement terminée, furent confirmés par l'empereur, le 22 novembre 533; il assure les avoir lui-même lus et revus; la confirmation du Digeste n'eut lieu qu'un mois après, le 16 décembre; mais ces deux ouvrages reçurent leur autorité légale à partir tous deux de la même époque (du 30 décembre 533).

« Cet ouvrage, a dit M. Dupin en parlant des Instituts de Justinien, offre un double caractère : c'est un texte de lois, puisqu'il a été promulgué par un législateur, et c'est en même temps un livre élémentaire, car Justinien a ordonné de le composer précisément pour faciliter l'enseignement et l'étude du droit. C'était tout à la fois le livre des maîtres qui devaient l'enseigner, et des élèves qui devaient l'apprendre. De là tous les efforts des jurisconsultes, docteurs et professeurs, pour en interpréter tous les termes, et en développer le sens. »

Ces efforts ont commencé avec les Instituts eux-mêmes. Théophile, professeur de droit à Constantinople, l'un des trois rédacteurs des Instituts, en publia lui-même une paraphrase grecque; écrit bien précieux, dont l'authenticité ne peut plus aujourd'hui être révoquée en doute, et que son origine contemporaine classe

parmi les monuments du droit (1). Depuis, le nombre des commentaires sur les Instituts a été tellement en augmentant, que plusieurs chameaux ne suffiraient pas à les porter, comme le disait plaisamment Eunapius en parlant des écrits des jurisconsultes romains; aussi, en 1701, avait-on publié un ouvrage sous ce titre : *De la déplorable multitude des commentaires sur les Instituts.*

Pour mon compte, je suis venu ajouter quelques nouveaux volumes à la charge du chameau; si l'on me demande raison de cet acte, comme d'une inconséquence, je répondrai que, par suite de l'établissement de notre législation nationale, et aussi des nouvelles découvertes de textes, l'enseignement du droit romain m'a paru devoir subir en France une transformation complète. Nous ne devons plus l'étudier *scolastiquement*, mais *historiquement*. Il est entré pour nous dans le domaine de la science historique.

Les Instituts en général, comme ouvrages élémentaires, présentant une division plus méthodique, une exposition plus simple, des explications courtes et nettes sur l'ensemble du droit, sont bons à former la base de cette étude. Mais étudier les Instituts de Justinien isolés et comme loi (seule chose qu'on ait faite dans les innombrables commentaires antérieurs à notre époque), ce serait pour nous un contre-sens et une peine misérable.

Les Instituts de Justinien ne peuvent plus être séparés des Instituts de Gaius : dans ceux-ci nous trouvons la *nationalité*, l'*actualité* du temps de Marc-Aurèle; dans les autres, la *nationalité*, l'*actualité* du temps de Justinien; puis, en remplissant les intervalles qui les ont précédés ou qui les séparent, par les débris des monuments législatifs parvenus jusqu'à nous, il nous devient possible de reconstituer, dans ses divers âges, la vieille société romaine.

L'intelligence véritable de l'histoire, de la littérature, et de la législation de ce peuple qui se nomma le peuple-roi, est au fond de ces études. Et pour nous, jurisconsultes, il y a aussi, en continuant la succession historique, quelque chose de plus important à dévoiler : la génération de notre droit civil actuel.

---

(1) Publié avec une traduction latine en regard, notamment par Fabrot. Paris, 1638, in-4°; par Reitz, La Haye, 1751, 2 tomes in-4°. J'en recommande la lecture. M. Frégier a donné, en 1847, une traduction française de la paraphrase de Théophile, précédée d'une Introduction, où il résume les opinions émises sur ce jurisconsulte, et d'une Dissertation, où il établit l'identité de l'auteur de la paraphrase et du rédacteur des Instituts.

ARGUMENT
DES INSTITUTS DE JUSTINIEN.

Un **Préambule** contient, en quelque sorte, la sanction et indique le caractère et le but des Instituts.

Les Instituts eux-mêmes sont divisés en quatre livres;

Le 1er **Livre** : Expose quelques notions générales sur la Justice et sur le Droit, — et traite des Personnes.

Le 2e **Livre** : Traite des choses; des moyens d'acquérir les objets particuliers; — des hérédités testamentaires, des legs et des fidéicommis.

Le 3e **Livre** : Traite des hérédités *ab intestat* et autres successions universelles; — et des obligations provenant d'un contrat ou comme d'un contrat.

Le 4e **Livre** : Des obligations provenant d'un délit ou comme d'un délit; — et des Actions.

On voit que la séparation de chaque livre répond plutôt à un partage égal qu'à une nature spéciale de matières; et que, sauf le premier, ces livres, pour le sujet dont ils traitent, enjambent les uns sur les autres.

En les considérant dans leur ensemble, la classification paraît répondre à cette donnée de la Jurisprudence romaine, d'après laquelle tout le Droit se rapporte : aux *Personnes*, aux *Choses* et aux *Actions*. Mais comme cette analyse des éléments du droit est incomplète, il reste, en dehors du cadre, un certain nombre de matières dont on ne voit pas bien l'arrangement.

L'école allemande est partagée en deux systèmes sur la classification générale du Droit.

Dans l'un, on s'en tient à cette division tripartite : les Personnes, les Choses, les Actions : avec quelques variations d'un auteur à l'autre, pour la distribution détaillée des matières sous chacune de ces divisions principales.

Dans l'autre méthode, qui est prédominante, et pour ainsi dire consacrée, on rencontre : D'abord une *partie générale* pour l'exposition des principes généraux. En second lieu, une *partie spéciale*, ainsi divisée, sauf de légères nuances d'un auteur à l'autre : 1° le Droit relatif aux choses, ou les Droits réels; 2° le Droit des obligations ou les Droits personnels; 3° les Droits de famille; d'où dérivent des droits réels et des droits personnels; 4° le Droit de succession, qui fait acquérir aussi des droits réels et des droits personnels.

EXPLICATION HISTORIQUE

DES

INSTITUTS DE JUSTINIEN.

PROOEMIUM

INSTITUTIONUM D. JUSTINIANI.

—

(IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.)

Imperator Cæsar Flavius Justinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclytus, Victor ac Triumphator, semper Augustus, cupidæ legum juventuti.

PRÉAMBULE (1).

DES INSTITUTS DE JUSTINIEN.

—

(AU NOM DE N. S. JÉSUS-CHRIST.)

L'empereur César Flavien Justinien, Alémannique, Gothique, Francique, Germanique, Antique, Alanique, Vandalique, Africain, Pieux, Heureux, Glorieux, Vainqueur et Triomphateur, toujours Auguste, à la jeunesse désireuse d'étudier les lois.

1. En lisant les diverses constitutions de Justinien qui ordonnent la rédaction du premier Code, sa confirmation, la composition du Digeste, on ne voit à côté du nom de cet empereur que les titres communs de *Augustus,* ou bien *Pius, Felix,* etc. C'est dans la constitution que nous avons ici, que Justinien, pour la première fois, prend les épithètes nombreuses et emphatiques de *Africanus, Vandalicus, Gothicus,* etc. C'est que Bélisaire, conduisant sous les murs de Carthage les soldats de l'empire, dispersant les Vandales et leurs auxiliaires, venait de renverser leur royaume dans l'Afrique, et de réduire cette contrée à l'état de préfecture impériale. Justinien se hâta d'attacher à son nom celui des principaux peuples barbares, en y comprenant quelques nations que ses armées n'avaient pas encore vaincues, ou qu'elles ne vainquirent jamais.

---

(1) Il me semble impossible de rendre le mot *prooemium* d'une manière digne des lois; ce n'est ni préface, ni introduction, ni prologue, ni préliminaire, ni préambule. Je n'aperçois point le mot. C'est cette partie des lois qui est destinée à en faire la louange et à en recommander l'étude. Cicéron, suivant l'avis de Platon, la considère comme indispensable; aussi, dans son Traité des Lois, ne manque-t-il pas de dire : *Ut vir doctissimus fecit Plato... id mihi credo esse faciendum, ut priusquam ipsam legem recitem, de ejus legis laude dicam;* et alors il commence ces louanges et ces conseils, à la fin desquels il ajoute : *Habes legis prooemium, sic enim hoc appellat Plato.* (Cic. *De leg.,* lib. 2.)

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari, et princeps romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat; et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

La majesté impériale doit s'appuyer sur les armes et sur les lois, pour que l'Etat soit également bien gouverné pendant la guerre et pendant la paix; pour que le prince, repoussant dans les combats les agressions des ennemis, devant la justice les attaques des hommes iniques, puisse se montrer aussi religieux dans l'observation du droit que grand dans les triomphes.

I. Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt; et tam Africa, quam aliæ innumerosæ provinciæ, post tanta temporum spatia, nostris victoriis a cœlesti numine præstitis, iterum ditioni romanæ, nostroque additæ imperio, protestantur. Omnes vero populi, legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis, reguntur.

1. Cette double tâche, par les plus grands travaux et les plus grands soins, à l'aide de Dieu, nous l'avons remplie. Nos exploits guerriers sont connus des Barbares que nous avons placés sous notre joug; ils sont attestés et par l'Afrique et par tant d'autres provinces que nos victoires, dues à la protection céleste, ont, après un si long intervalle, rendues à la domination romaine et rattachées à notre empire. Des lois promulguées ou rassemblées par nous régissent tous les peuples.

2. Ce n'est point à la conquête de la Sicile et de l'Italie, par Bélisaire et Narsès, que ce passage fait allusion, car cette conquête ne s'effectua que beaucoup plus tard. L'empereur veut désigner les premières victoires de ses armées sur les Perses, sur quelques Barbares, mais surtout les défaites récentes des Vandales et la soumission des provinces africaines (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, n° 562).

II. Et cum sacratissimas constitutiones, antea confusas, *in luculentam ereximus consonantiam*, tunc nostram extendimus curam ad immensa prudentiæ veteris volumina, et *opus desperatum*, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

2. Après avoir *amené à une harmonie parfaite* les constitutions impériales si confuses jusque-là, nous avons porté nos soins sur les volumes immenses de l'ancienne jurisprudence, et, marchant comme plongés dans un abîme de difficultés, cet ouvrage désespéré, déjà, par une faveur du ciel, nous l'avons terminé.

3. Justinien rappelle ici les ouvrages qu'il a déjà fait rédiger sur la législation : le Code, par ces mots, *constitutiones in luculentam ereximus consonantiam;* le Digeste, par ceux-ci, *nostram extendimus curam ad immensa prudentiæ veteris volumina.* A ce dernier travail il donne la qualification de *opus desperatum.* Du reste, le Digeste était terminé dans ce moment, comme le texte lui-même nous l'apprend; mais il ne fut confirmé qu'environ un mois plus tard. Il est important de bien connaître quelles sont les diverses parties qui composent le corps de Droit de Justinien, quel en est le but, à quelle époque elles furent publiées. Nous avons déjà traité cette matière (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, n°s 539 et suiv.).

III. Cumque hoc, Deo propitio, peractum est; *Triboniano*, viro magnifico,

3. Ceci fait, grâces à Dieu, nous avons convoqué l'illustre *Tribonien*,

magistro, et exquæstore sacri palatii nostri, necnon *Theophilo et Dorotheo*, viris illustribus, antecessoribus (quorum omnium solertiam, et legum scientiam, et circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus), convocatis : specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate, nostrisque suasionibus, componant Institutiones, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere ; et tam aures quam animi vestri, nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat.

maître et ex-questeur de notre palais, *Théophile et Dorothée*, hommes illustres et antécesseurs, qui tous les trois nous ont déjà donné plus d'une preuve de leur capacité, de leur savoir dans le droit, de leur fidélité à nos ordres, et nous les avons chargés spécialement de composer, avec notre autorisation et nos conseils, des Instituts, afin qu'au lieu de chercher les premiers éléments du droit dans des ouvrages vieillis et reculés, vous puissiez les recevoir émanés de la splendeur impériale ; que rien d'inutile, rien de déplacé ne frappe vos oreilles et votre esprit ; que vous n'appreniez rien enfin qui ne tienne aux affaires mêmes. Ainsi, lorsque jusqu'à ce jour la lecture des constitutions impériales était possible à peine aux premiers d'entre vous après quatre ans d'étude, c'est par elle que vous commencerez, dignes d'assez d'honneur et doués d'assez de bonheur pour que les premières et les dernières leçons de la science des lois soient parties pour vous de la bouche du prince.

4. *Triboniano, Theophilo et Dorotheo :* voilà les trois rédacteurs des Instituts ; ils nous sont connus par ce que nous en avons déjà dit (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, nos 565 et suiv.). Nous savons que tous les travaux législatifs de Justinien, à l'exception du premier Code, furent faits sous la direction de Tribonien, ou Tribunien ; que Dorothée était professeur de droit à Béryte, Théophile à Constantinople. C'est ce dernier qui a laissé sur les Instituts une paraphrase grecque qui nous servira fort souvent de guide dans nos explications.

IV. Igitur, post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quos per eumdem virum excelsum Tribonianum, necnon et cæteros viros illustres et facundissimos confecimus, in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.

4. Nous avons donc, après les cinquante livres du Digeste ou Pandectes, dans lesquels tout le droit ancien a été recueilli par le même illustre personnage, Tribonien, aidé de plusieurs hommes célèbres et éloquents, nous avons ordonné qu'on divisât les Instituts en quatre livres, renfermant les premiers éléments de toute la science.

V. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, imperiali remedio illuminatum est.

5. On y a brièvement exposé ce qui existait autrefois, et ce qui, obscurci par le non-usage, a été, par la sollicitude impériale, éclairé d'un nouveau jour.

5. Il est vrai que souvent les rédacteurs des Instituts ont rappelé ce qui existait autrefois. Plusieurs titres sont précédés d'un aperçu historique sur la matière qu'ils embrassent ; tels sont, par exemple, les titres des testaments et des successions légitimes. Mais il en est d'autres dans lesquels ces préliminaires manquent

absolument. Ainsi on ne donne aucune notion sur l'histoire des actions, matière si singulière, si importante dans l'ancienne législation, et qui avait tant subi de modifications.

VI. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et præcipue *ex commentariis Gaii nostri*, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, et legimus et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

6. Ces Instituts, tirés de tous ceux des anciens, de plusieurs commentaires, mais surtout *de ceux qu'a faits notre Gaius* tant sur les Instituts que sur les causes de chaque jour, nous ont été présentés par les trois jurisconsultes nommés plus haut; nous les avons lus et revus, et nous leur donnons toute la force de nos constitutions.

6. *Ex commentariis Gaii nostri*. Nous avons parlé de Gaius, de ses ouvrages, surtout de ses commentaires et de leur découverte récente (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, n° 393). Les Instituts de Justinien sont rédigés sur le même plan que ceux de Gaius, divisés en quatre livres, comme ces derniers en quatre commentaires; la distribution des matières y est la même, et une infinité de passages sont identiques.

VII. Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite; et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut vos spes pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam rem nostram publicam in partibus ejus vobis credendis gubernari.

D. CP. XI calend. decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III CONS.

7. Travaillez donc avec une joyeuse ardeur à apprendre ces lois; et montrez-vous tellement instruits que vous puissiez être animés de l'espérance si belle d'être capables, à la fin de vos travaux, de gouverner notre empire dans les parties qui vous seront confiées.

Donné à Constantinople, le 11 des calendes de décembre, sous le troisième consulat de l'empereur JUSTINIEN, toujours Auguste.

7. La date que nous avons ici correspond à celle du 22 novembre 533. C'est l'époque à laquelle les Instituts furent confirmés; le Digeste le fut environ un mois après, le 16 décembre, et ces deux ouvrages reçurent leur autorité légale à partir du 30 décembre 533.

EXPLICATION HISTORIQUE

DES

INSTITUTS DE JUSTINIEN.

LIVRE PREMIER.

TITULUS I. — DE JUSTITIA ET JURE.

TITRE I. — DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

8. Il est impossible qu'un homme se trouve en présence d'un autre homme sans qu'il y ait à l'instant, de l'un à l'autre, des nécessités morales d'action ou d'inaction, c'est-à-dire d'actes à faire ou à ne pas faire, dont ils peuvent exiger mutuellement l'observation; et comme la destinée de l'homme est la vie en société, ces nécessités, suivant chaque situation et dans tout le cours de la vie, se produisent de tous côtés. Que la raison seule nous les indique, ou qu'elles nous soient imposées par une autorité qui a la force de se faire obéir, elles n'en existent pas moins : rationnelles et avec une contrainte purement intellectuelle dans le premier cas, positives et revêtues de moyens de contrainte matérielle dans le second.

Ces nécessités morales d'action ou d'inaction sont ce qu'on appelle des lois.

La loi, largement définie, n'est pas autre chose, en effet, qu'une nécessité générale d'action ou d'inaction, ou bien, dans une acception plus étroite, la formule qui exprime cette nécessité : loi rationnelle, si la raison seule nous l'indique; loi positive, si l'autorité compétente l'a formulée.

9. Pour rendre en français l'idée métaphysique de ces nécessités d'action ou d'inaction entre les hommes, nous employons une expression imagée, tirée d'une figure de géométrie, le *Droit*, ou la ligne droite, la ligne la plus courte, la ligne invariable et non arbitraire d'un point à un autre; et nous continuons la métaphore quand nous appelons *Règle* (instrument servant à tirer cette ligne) la formule qui exprime cette nécessité, ou bien la nécessité elle-même. — Nous la continuons encore lorsque nous appelons *tort* l'opposé du droit. — D'où les locutions *faire droit* ou *faire tort*, *avoir droit* ou *avoir tort*, et un grand nombre d'autres encore.

10. Le mot *Jus*, employé chez les Romains, n'est pas tiré de la même image que notre mot droit; les Romains l'ont déduit du

fait positif d'un commandement, d'un ordre, par lequel la nécessité d'action ou d'inaction nous est imposée. *Jus* n'est qu'un mot contracté qui vient de *jussum*. La signification originaire de ce mot est donc *ordre*, ou *règle généralement prescrite*, c'est-à-dire *loi formulée par le pouvoir*.

11. On sait avec quelle flexibilité l'esprit humain, dans chaque langue, un mot étant une fois donné, en varie, en restreint, en étend, en modifie la signification. Ainsi en est-il arrivé du mot *jus* en latin, comme du mot *droit* en français. Ce mot reçoit un grand nombre d'acceptions : une première, celle que nous venons de signaler, lui est propre, et les autres en dérivent à l'aide de figures du langage.

Ainsi, *jus* est défini au Digeste (1), dans un sens plus philosophique, *ars boni et æqui*, l'art de ce qui est bon et équitable. Or un art n'est qu'une collection, qu'un ensemble de règles : le droit, *jus*, est donc l'ensemble des règles qui déterminent ce qui est bon et équitable, au point de vue rationnel; l'ensemble des lois, au point de vue du droit positif. La signification est généralisée : on prend la partie pour le tout; la loi, *jus*, pour l'ensemble des lois. C'est dans ce sens, plus étendu, qu'on dit : droit public, droit civil, droit des gens (*jus publicum, civile, gentium*) (2).

Jus signifie quelquefois les facultés, les bénéfices accordés par la loi : défendre ses droits, droit de succession, droit de passage (*jura sua tueri, jus hereditatis, jus itineris*). On prend ici la cause, c'est-à-dire la loi, *jus*, pour les effets qu'elle produit.

Enfin *jus* se dit quelquefois du lieu où s'exerce la juridiction, ou du magistrat qui l'exerce; appeler devant la juridiction, ou devant le magistrat chargé de la juridiction (*in jus vocare*). On prend ici *jus*, la loi, pour le lieu où elle s'applique; pour le pouvoir, pour le magistrat chargé de la faire appliquer (3).

De ces diverses acceptions et de plusieurs autres encore que nous passons, il faut dire que les plus communément employées sont la deuxième, où *jus* signifie une collection de règles, et la troisième, où il signifie une faculté, un avantage produit par la loi.

Justitia est *constans et perpetua voluntas* jus suum cuique tribuendi.	La justice est la *ferme volonté* de donner *toujours* à chacun ce qui lui est dû.

12. *Constans et perpetua voluntas*. La justice est une vertu; elle consiste dans la volonté d'observer fidèlement envers chacun ces nécessités d'action ou d'inaction qui nous sont imposées par la raison ou par la loi; de suivre toujours cette ligne qui se nomme le Droit; de rendre à chacun son droit. On ajoute *constans* parce que cette volonté doit être ferme et non vacillante; mais pourquoi

(1) Dig. 1. 1. 1. pr. fr. Ulp. — (2) Voir ci-dessus, tom. I, *Généralisation du droit romain*, n°s 8 et suiv., le développement historique des diverses conceptions du droit (*jus*) chez les Romains; et pour l'exposition plus philosophique de l'idée du droit et de ses dérivés d'après la science moderne, je renvoie à mes *Éléments de droit pénal*, n°s 1 et suiv. — (3) Dig. 1. 1. *De just.* 11. fr. Paul.

perpetua? Est-ce à dire que la volonté doive, en fait, être perpétuelle? La justice, comme les autres vertus, est indépendante du plus ou moins de temps que l'on y persévère. L'expression *perpetua* doit donc être prise dans ce sens que la justice consiste dans la volonté ferme de rendre *perpétuellement* à chacun ce qui lui est dû. Celui-là ne peut se dire juste qui a l'intention de faire droit à chacun pendant un mois, mais de ne plus faire droit le mois d'après. C'est par un mécanisme de langage, assez commun dans le génie de la langue latine, qu'on a dit, en personnifiant en quelque sorte la volonté : *Perpetua voluntas*, pour dire : *Voluntas perpetuo jus suum cuique tribuendi.*

Quelques textes, au lieu de *tribuendi*, portent *tribuens* : ce serait alors la justice en action (*justice distributive*); mais le sens paraîtrait moins exact. On ne peut pas dire *voluntas tribuens*; la volonté ne donne pas, elle conduit à donner (*voluntas tribuendi*); d'un autre côté, on peut être entièrement juste, et, sans le savoir, ne pas rendre à quelqu'un ce qui lui est dû.

1. *Jurisprudentia* est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

1. La *jurisprudence* est la connaissance des choses divines et humaines, avec la science du juste et de l'injuste.

13. *Jurisprudentia.* La décomposition seule de ce mot nous en donne la signification : *juris prudentia*, connaissance du droit. La même étymologie appartient au mot *jurisprudentes*, connaissant le droit, et par suite simplement *prudentes*, les prudents.

Divinarum atque humanarum rerum notitia! La définition paraît assez ambitieuse; mais il faut ne point séparer cette première partie de la seconde, *justi atque injusti scientia.* En effet, les objets auxquels s'applique la jurisprudence sont les choses divines et humaines; le but : y déterminer le juste et l'injuste.

Sans doute on rencontrera ces mots pris quelquefois, chez les Romains, par exemple par Cicéron (*De orat.*, I, 49) en un sens philosophique, le seul recevable aujourd'hui; mais tel n'était pas celui de leur jurisprudence. Varron et Labéon avaient écrit chacun un traité sur les choses divines ou humaines : or saint Augustin, dans la *Cité de Dieu* (I, 11 et 14; IV, 1), les montre l'un et l'autre amenés à comprendre dans les choses divines les jeux de la scène, parce que leurs dieux demandent à être honorés par de tels jeux; il montre Labéon divisant les divinités en bonnes ou mauvaises, réservant à celles-ci les sacrifices de sang, les tristes supplications; aux autres, les offrandes joyeuses, les jeux, les banquets, les *lectisternia.* A ces choses s'appliquait le droit sacerdotal des Romains, suivant leurs croyances : « *Ubi curarent sacerdotes res divinas, ubi Senatus humanas* », a dit Varron.

14. Ainsi par *choses divines* on n'entend pas seulement ces objets retirés du commerce que les Romains nommaient *res divini juris*, comme les édifices consacrés à Dieu, les tombeaux, etc. De même l'expression *choses humaines* ne s'applique

pas seulement à ces choses, *humani juris*, destinées à l'usage des hommes, comme les maisons, les terrains, les animaux, etc. Le mot de *rerum* doit être pris dans un sens plus étendu, car la jurisprudence s'occupe, pour les choses divines, non-seulement des objets matériels, tels que les temples, les tombeaux, mais encore des cérémonies de la religion, de la nomination des pontifes, de leurs pouvoirs, en un mot de toutes les institutions religieuses au sein de la société romaine, etc.; pour les choses humaines, non-seulement des maisons, des terrains, mais encore des hommes eux-mêmes, de leur personne, de leurs droits et de leurs devoirs, dans la vie privée et dans la vie publique.

15. Du reste, il est essentiel de bien remarquer la relation qui existe entre ces trois mots : *jus, justitia, jurisprudentia. Jus*, le droit; *justitia*, la volonté d'observer le droit; *juris prudentia*, la connaissance du droit.

II. His igitur generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi romani : ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione, singula tradantur : alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi, multitudine ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut eum magno labore ejus, sæpe etiam cum diffidentia quæ plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

2. Après ces définitions générales, passant à l'exposition des lois romaines, nous pensons qu'il vaut mieux expliquer d'abord chaque chose d'une manière simple et abrégée, sauf à les approfondir ensuite plus soigneusement. Car si, dès les premiers pas, nous surchargeons d'une multitude de détails divers l'esprit encore inculte et jeune de l'étudiant, de deux choses l'une, ou nous le forcerons à renoncer à cette étude, ou nous l'amènerons lentement, après un travail long et rebutant, au point où, par une route plus facile, il se fût trouvé porté sans peine et sans dégoût.

III. Juris præcepta sunt hæc : *honeste vivere*, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

3. Voici les préceptes du droit : *Vivre honnêtement*, ne léser personne, donner à chacun ce qui lui est dû.

16. *Honeste vivere*. Le droit est considéré ici par Ulpien (*Dig*. 1. 1. 10. § 1) dans un sens large et philosophique, en concordance avec la définition qu'il en a donnée : l'art *du bon* et *de l'équitable*. Voilà pourquoi il y comprend cette obligation générale *honeste vivere*, qui paraît se rapporter plus encore à la morale qu'au droit positif.

Cependant considérez le droit dans son acception spéciale et restreinte, *jus* (*quod jussum est*), ce qui est ordonné; considérez, non pas des préceptes de morale, mais de véritables préceptes impératifs (*juris præcepta*), vous retrouverez encore les trois maximes. En effet : — 1° des lois servent à garantir les bonnes mœurs et l'honnêteté publique; telles sont celles qui défendent au frère d'épouser sa sœur (1); à un homme d'avoir deux femmes

(1) Inst. 1. 10. § 2.

(*binas uxores*) (1); à une veuve de convoler à de secondes noces avant l'année de deuil (2). Ces préceptes et tant d'autres semblables ne sont point des préceptes de morale seulement, mais bien des préceptes de droit. Une peine est infligée à celui qui les viole; ils se trouvent renfermés dans ces mots : *honeste vivere.* — 2° Des lois défendent de léser autrui, soit dans sa personne, soit dans ses biens : si, par exemple, j'ai blessé mon voisin volontairement ou involontairement, si j'ai tué son cheval, il aura le droit de me poursuivre pour me forcer à réparer le préjudice que je lui ai causé : c'est le précepte du droit, *alterum non lædere.* — 3° Enfin des lois ordonnent de rendre à chacun ce qui lui appartient. Si mon voisin m'a vendu sa maison, et que je lui en doive encore le prix, s'il m'a prêté son cheval, et que je ne le lui aie point rendu, il aura le droit de m'attaquer pour me contraindre à remplir mes obligations ou pour obtenir sa chose : c'est le troisième précepte, *suum cuique tribuere.* Qu'on remarque bien, pour que le droit soit complet, qu'il doit renfermer ces trois préceptes : *Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere;* car, si on le restreint aux deux derniers, dans quelle classe rangera-t-on les lois dont nous avons cité des exemples, qui n'ont trait qu'aux bonnes mœurs et à l'honnêteté publique? Elles ne seront comprises ni dans le précepte de ne léser personne, ni dans celui de rendre à chacun ce qui lui appartient.

IV. Hujus studii duæ sunt positiones : *publicum*, et *privatum*. Publicum jus est, quod ad statum rei romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartite est collectum : est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

4. Cette étude a deux points : *le droit public* et *le droit privé*. Le droit public, qui traite du gouvernement des Romains; le droit privé, qui concerne les intérêts des particuliers. Occupons-nous du droit privé; il se compose de trois éléments : de préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil.

17. *Publicum et privatum.* Les nations, considérées comme des êtres collectifs, ont entre elles des relations; la guerre, la paix, l'alliance, les ambassades, exigent des règles particulières. L'ensemble de ces règles forme un droit qu'on nomme droit des nations (*jus gentium*); en langage moderne, droit *international.*—Un peuple, considéré comme un être collectif, a des relations avec les membres qui le composent; la distribution des différents pouvoirs, la nomination des magistrats, l'aptitude aux fonctions publiques, les impôts, doivent être réglés par des lois; l'ensemble de ces lois forme le droit public (*jus publicum*). — Enfin les particuliers, dans leurs rapports d'individu à individu, dans les mariages, les ventes, les différents contrats, ont besoin de règles, dont l'ensemble est le droit privé (*jus privatum*).

Les Romains, qui ne se sont élevés qu'en dépouillant, qu'en

(1) Cod. 5. 5. 2. const. Dioclet. et Maxim. — (2) Cod. 5. 9. 2. const. Gratian. Valent. et Theod. — Dig. 3. 2. *De his q. notant. infam.*, 1. fr. Julian.

Laur.
Internat.

détruisant les peuples, avaient cependant un droit international composé de quelques règles générales pour déclarer et faire la guerre, pour former et observer des traités d'alliance, envoyer et recevoir des ambassadeurs. Nous avons exposé dans l'*Histoire du droit* les premières institutions de cette nature et la création du collége des Féciaux (ci-dess., t. I, *Hist. du droit*, n° 46).

Leur droit public se développa promptement; il est défini celui qui traite du gouvernement des Romains (*quod ad statum rei romanæ spectat*); il faut s'en tenir à cette définition. L'institution des Comices, du Sénat, la distinction des patriciens, des chevaliers et des plébéiens, la création des tribuns, des édiles, des préteurs, appartiennent à ce droit. Il faut y joindre les cérémonies de la religion, la nomination et les pouvoirs des pontifes, car le *jus sacrum* n'est qu'une partie du *jus publicum;* aussi lisons-nous au Digeste : *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* (1). Passant des rois aux consuls, des consuls aux empereurs, Rome a vu changer trois fois les bases principales de son droit public; ces bases une fois changées, toutes les institutions accessoires ont éprouvé des modifications, et l'esprit général de la nation n'est plus resté le même. Sous la république, les agitations du peuple, les lois des Comices, les travaux des citoyens, avaient presque toujours pour but les droits publics : aujourd'hui les institutions républicaines ont disparu : l'ancien droit sacré a fait place au droit ecclésiastique; l'empereur, chef suprême de l'État, commande en maître, et tient à sa disposition les magistrats; les sujets obéissent sans songer qu'ils puissent avoir des droits sur le gouvernement (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, n°s 78, 181, 308, 434, 576).

Tandis que le droit public a perdu ainsi de son importance, le droit privé, celui qui concerne les intérêts des particuliers (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), a acquis une extension rapide : c'est le seul dont nous ayons à nous occuper dans les Instituts.

TITULUS II.	TITRE II.
DE JURE NATURALI, GENTIUM ET CIVILI.	DU DROIT NATUREL, DU DROIT DES GENS ET DU DROIT CIVIL.

18. Si l'on examine les lois en se plaçant au plus haut point d'observation, on verra que tous les objets animés ou inanimés suivent des lois, c'est-à-dire des nécessités, des règles générales de mouvement, d'action ou de conduite. Parmi ces lois, les unes sont purement *physiques, matérielles,* et celles-là ne peuvent jamais être violées. C'est ainsi que les astres dans leur cours uniforme, les corps dans leur chute vers le centre de la terre, les animaux et l'homme lui-même dans certains phénomènes de leur naissance, du développement de leurs forces, de leur mort,

(1) Dig. 1. 1. *De just. et jur.*, 1. § 2. Frag. Ulp.

obéissent à des nécessités, à des lois invariables, auxquelles il est impossible de se soustraire; mais ces lois sont du ressort de la physique, de la physiologie, et non du ressort de la jurisprudence. La seconde classe de lois ne se rencontre que chez les êtres animés, quant à ces actions qui paraissent le résultat d'un principe de vie et de facultés au-dessus de la matière inerte. Les animaux et les hommes suivent ces lois; elles sont très-peu nombreuses pour les animaux, fort étendues pour les hommes; mais on dirait que plus elles se rapprochent de la matière, plus elles sont inviolables : aussi voit-on les animaux s'écarter très-rarement de celles qui leur sont imposées, et les hommes violer souvent les leurs. Quoi qu'il en soit, c'est en examinant cette seconde classe de lois sous ce point de vue général, que certains jurisconsultes romains avaient divisé le droit privé en *droit naturel* ou commun à *tous les animaux*, *droit des gens* ou commun à *tous les hommes*; et *droit civil* ou commun à *tous les citoyens*.

Jus naturale est, quod natura *omnia animalia docuit*. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia istius juris perita censeri.

Le droit naturel est celui que la nature *inspire à tous les animaux;* car il n'est point particulier aux hommes, mais commun à tous les êtres vivants. De là vient l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage; de là la procréation des enfants, leur éducation. Nous voyons en effet les animaux agir conformément aux principes de ce droit, comme s'ils le connaissaient.

19. *Omnia animalia docuit*. Le droit naturel ainsi défini pourrait se nommer *droit des êtres animés*. Mais les animaux peuvent-ils avoir un droit? Non, sans doute, dans l'acception morale de ce mot. Ce n'est que d'une manière bien impropre, en faisant abstraction de la pensée morale, comme ensemble de lois, c'est-à-dire de nécessités générales résultant de leur organisation même, auxquelles ils obéissent sans les connaître, sans en avoir l'intelligence, poussés par leur seule nature, qu'on pourra les leur appliquer. Ainsi ils se défendent lorsqu'ils sont attaqués; les sexes s'unissent entre eux; les petits sont nourris et élevés par la mère, et souvent même par le père, jusqu'à ce qu'ils puissent se suffire à eux-mêmes : ce n'est pas là du droit. Lois physiques et matérielles des corps inertes, lois physiologiques des corps vivants, bonnes, souvent nécessaires à observer, à prendre en considération pour la jurisprudence; mais l'objet direct de cette jurisprudence n'est jamais que la règle des actions ou inactions exigibles de l'homme : il n'y a de droit que d'homme à homme. Cette acception impropre du *jus naturale*, et la division tripartite qui en découle, annoncée par la rubrique de notre titre, paraissent venir d'Ulpien (1). C'est à ce jurisconsulte que le Digeste et les Instituts de Justinien l'ont empruntée. Mais au fond, une fois

(1) Dig. 1. 1. *De justitia et jure*. 1. §§ 2 et suiv. 4 et 6, fr. Ulp.

indiquée par mode de généralité, elle tient peu de place, et ne revient pour ainsi dire plus dans la jurisprudence romaine. De nos jours, nul ne donne ce sens au mot *droit naturel*. Cette expression ne désigne que le droit qui se déduit rationnellement de l'organisation et de la nature morale de l'homme.

1. Jus autem *civile vel gentium* ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur : nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitatis; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. *Et populus itaque romanus* partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.

1. Il faut distinguer le *droit civil* du *droit des gens*. Tous les peuples, régis par des lois ou des coutumes, ont un droit qui leur est propre en partie, en partie commun à tous les hommes. En effet, le droit que chaque peuple se donne exclusivement est particulier aux membres de la cité, et se nomme droit civil, c'est-à-dire droit de la cité; celui qu'une raison naturelle établit entre tous les hommes est observé presque par tous les peuples, et se nomme droit des gens, c'est-à-dire droit de toutes les nations. Les *Romains* suivent aussi un droit applicable en partie aux seuls citoyens, en partie à tous les hommes. Nous aurons soin de le déterminer chaque fois qu'il le faudra.

20. *Civile vel gentium*. Le droit qui est propre aux hommes, le seul dont la jurisprudence doive réellement s'occuper, se divise, chez les Romains, en droit des gens et en droit civil. Le droit des gens est commun à tous les hommes quels qu'ils soient; le droit civil est commun aux seuls citoyens. Aussi pourrait-on les nommer, le premier, *droit des hommes*; le second, *droit des citoyens*. Quelle est l'origine fondamentale de ces droits? Les Instituts nous le disent ici. Le droit des gens (*droit des hommes*) vient de la nature raisonnable des hommes et des relations communes qu'ils ont entre eux (*Naturalis ratio inter omnes homines constituit*). Le droit civil (*droit des citoyens*) vient de la volonté du peuple qui l'a créé spécialement pour ses membres (*Populus sibi constituit*).—Par opposition à la division tripartite d'Ulpien, plusieurs jurisconsultes romains paraissent n'avoir fait du droit qu'une division à deux termes, le *jus gentium* et le *jus civile*. De ce nombre est Gaius, des Instituts duquel notre paragraphe est tiré (Gai., *Inst.* 1, § Ier). Dans ce sens et avec cette définition, *quod naturalis ratio constituit*, le droit des gens paraît synonyme du droit naturel. C'est avec cette signification que les deux expressions sont fréquemment employées l'une pour l'autre dans les textes romains, et cette synonymie s'est prolongée jusqu'en nos temps modernes, où plusieurs prennent encore indifféremment droit des gens pour droit naturel, ou réciproquement.— Cependant la définition ajoute cette autre circonstance : *Id apud omnes populos peræque custoditur*. Or, du moment qu'on aborde cette autre idée, et que l'on considère les usages communément répandus chez les peuples d'un certain temps et d'une certaine

partie du globe, on peut trouver dans ces usages universellement reçus des pratiques bien contraires à la raison du droit. Tel était, par exemple, l'esclavage, que les jurisconsultes romains déclaraient contraire à la nature, bien qu'il fût du droit des gens. Voilà pourquoi, sans doute, quelques-uns d'entre eux, et notamment Ulpien, avaient cherché, sous le nom de droit naturel, un troisième terme de division. Aujourd'hui, tant pour la classification que pour le langage, la science est en état de faire beaucoup mieux.

21. Il suit de ces explications qu'il ne faut pas confondre le droit des gens (*droit des hommes*) avec le droit des gens (*droit des nations*, ou *droit international*) dont nous avons parlé ci-dessus : cette équivoque pourrait se présenter facilement dans notre langue moderne. — Il ne faut pas confondre non plus l'acception que les Romains donnaient au droit civil (*jus civile, droit des citoyens*) avec celle que nous lui donnons de nos jours, où, ignorant la valeur du mot citoyen, nous prenons droit civil pour droit privé, droit des particuliers.

22. *Populus itaque romanus*. Appliquons aux Romains les idées générales que nous venons de développer. Les citoyens de Rome, et surtout de la république naissante, se séparaient totalement des peuples voisins; s'ils avaient des relations avec eux, ce n'était que sur le champ de bataille. Aussi n'acceptaient-ils guère que la servitude et toutes ses règles comme droit des gens; leur droit privé était tout droit civil, aucune partie ne s'appliquait aux étrangers. Mais lorsque les habitants du Latium, puis ceux de l'Italie, furent vaincus et rattachés à Rome en qualité de *peregrini*, il fallut bien leur accorder quelques droits. Alors fut créé à Rome le préteur des étrangers (*prætor peregrinus*), chargé de la juridiction à leur égard (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, n° 222); alors le droit des gens commença à se mêler au droit civil; les préteurs continuèrent de plus en plus à y avoir égard, les jurisconsultes le firent entrer pour beaucoup dans leurs écrits; et le droit privé des Romains se trouva composé de préceptes du droit des gens et de préceptes du droit civil : les premiers applicables à tous les hommes, les seconds aux seuls citoyens (ci-dess., tom. I, *Hist.*, n°s 328, 446). Ces préceptes ne se trouvent point séparés et formant deux divisions distinctes; mais ils sont confondus, et la loi ou le raisonnement seul indiquent à quelle classe ils appartiennent. Ainsi la vente, le louage, la société, le mandat, le prêt, et une grande partie des conventions ordinaires, sont du droit des gens; mais la tutelle, les contrats *verbis* et *litteris* dans leur forme primitive, le pouvoir de donner ou de recevoir par testament, sont du droit civil. — Du reste, il faut bien se garder d'une méprise : lorsqu'on raisonne par rapport à un seul peuple, le caractère pratique d'une loi du droit des gens, chez ce peuple, n'est pas d'être reconnue par tous les hommes, c'est d'être applicable à tous les hommes. Les lois des Romains sur la vente étaient du droit des gens, parce qu'elles

pouvaient être invoquées à Rome par tous, étrangers ou citoyens, et cependant il était possible que les peuples voisins n'eussent pas les mêmes lois sur le même objet. De même le caractère pratique des lois civiles n'est pas d'être adoptées par un seul peuple, c'est d'être applicables aux seuls membres du peuple. Les lois sur les tutelles étaient du droit civil, parce qu'elles étaient applicables aux seuls citoyens; néanmoins il eût pu se faire qu'un peuple voisin les adoptât aussi.

II. Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium; nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus quo romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum jus significamus : sicuti cum poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos, egregius Homerus; apud nos, Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est; nam, usu exigente, et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ, et servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ : jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut *emptio venditio*, locatio conductio, societas, depositum, *mutuum*, et alii innumerabiles contractus.

2. Le droit civil prend son nom de chaque cité, celui des Athéniens, par exemple; car on peut, sans erreur, nommer *droit civil des Athéniens* les lois de Solon ou de Dracon; et c'est ainsi que nous appelons *droit civil des Romains*, *droit civil des Quirites*, le droit dont se servent les Romains ou Quirites : ce dernier nom leur vient de Quirinus. Mais quand nous disons *le droit* sans ajouter de quel peuple, c'est notre droit que nous désignons; comme lorsqu'on dit *le poëte*, sans y ajouter aucun nom, on entend chez les Grecs le grand Homère, chez nous Virgile. Le droit des gens est commun à tous les hommes, car tous se sont donné certaines règles qu'exigeaient l'usage et les besoins de la vie. Des guerres se sont élevées, à la suite la captivité, l'esclavage, contraire au droit naturel, puisque naturellement dans l'origine tous les hommes naissaient libres. C'est aussi ce droit des gens qui a introduit presque tous les contrats, *l'achat et la vente*, le louage, la société, le dépôt, le *prêt de consommation*, et tant d'autres.

23. *Emptio venditio.* La langue des Romains est riche; aussi, dans la désignation des contrats, avaient-ils souvent des mots pour indiquer chaque espèce d'engagement qui s'y formait. Ainsi la vente se nommait *emptio venditio*. Le premier mot désignait l'action de l'acheteur, le second celle du vendeur. De même le louage se nommait *locatio conductio*. Le premier mot, *locatio*, désignait l'action du propriétaire qui donnait à loyer; le second, *conductio*, l'action de celui qui prenait à loyer.

Mutuum. C'est le *prêt de consommation*, le contrat par lequel on prête des choses pour être consommées par l'usage, comme du vin, du blé, de l'huile. Le prêt qui ne donne que la faculté de se servir de la chose sans la détruire, avec obligation de la rendre identiquement, tel que le prêt d'un cheval, se nommait *commodatum*, *prêt à usage*. Il nous faut des périphrases pour indiquer ces nuances.

En résumant tout ce que nous avons dit sur le droit naturel, le

droit des gens et le droit civil chez les Romains, quelle définition doit-on en tirer pour chacun de ces droits? — 1° Le droit naturel (*droit des êtres animés*) est celui que la nature inspire à tous les animaux : acception impropre du mot droit, indiquée par mode de généralité par certains jurisconsultes seulement, et qui ne reçoit aucune suite. — 2° Le droit des gens (*droit des hommes*) est cette partie du droit privé qui découle des relations communes et de la raison naturelle des hommes, et qui est applicable aux étrangers comme aux citoyens; la plupart des jurisconsultes romains y font entrer le droit naturel, qui reçoit d'eux, alors, une autre acception que celle dont nous venons de parler, et ils emploient fréquemment, comme synonymes, les deux expressions. — 3° Le droit civil (*droit des citoyens*) est cette partie du droit privé que le peuple n'a constituée que pour ses membres, et qui n'est applicable qu'aux citoyens.

III. Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut ex scripto, aut non ex scripto; ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est, lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, prudentum responsa.

3. Notre droit est *écrit* ou *non écrit*, comme chez les Grecs *les lois sont écrites* ou *non écrites*. Sont du droit écrit : la loi, le plébiscite, le sénatusconsulte, les constitutions des empereurs, les édits des magistrats, les réponses des prudents.

24. *Aut ex scripto, aut non ex scripto*. L'ordre qui constitue le droit (*jus, jussum*) peut être donné expressément ou tacitement. *Expressément*, si l'autorité législative a manifesté sa volonté et l'a consignée par écrit : elle fait loi; *tacitement*, si cette volonté n'a été manifestée que par un long usage communément adopté : elle n'en fait pas moins loi. Le droit écrit est donc celui qui est établi par la volonté expresse du législateur; le droit non écrit celui qui s'est introduit par l'usage et par le consentement tacite du législateur.

IV. Lex est, quod populus romanus senatorio magistratu interrogante (veluti consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante (veluti tribuno) constituebat. Plebs autem a populo eo differt quo species a genere : nam, appellatione populi, universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus. Plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus, cæteri cives significantur. Sed et plebiscita, *lege Hortensia lata*, non minus valere quam leges cœperunt.

4. La loi est ce que le peuple romain établissait sur la proposition d'un magistrat sénateur, d'un consul, par exemple; le plébiscite, ce qu'établissaient les plébéiens sur la proposition d'un magistrat plébéien, d'un tribun. Les plébéiens diffèrent du peuple comme l'espèce du genre; sous le nom de peuple sont compris tous les citoyens, même les patriciens et les sénateurs; sous celui de plébéiens, seulement les citoyens autres que les patriciens et les sénateurs. Du reste, *depuis la loi Hortensia*, les plébiscites ont eu autant de force que les lois.

25. Dans un sens générique, la loi est définie par Papinien un précepte commun (*Lex est commune præceptum*) (1); mais,

(1) Dig. 1. 3. *De legibus*. 1 fr. Papin.

dans un sens particulier, c'était, chez les Romains, ce qu'établissait le peuple sur la proposition d'un magistrat sénateur, comme un consul, un préteur, un dictateur. — Le plébiscite était ce qu'établissaient les plébéiens sur la proposition d'un tribun; on ne connaît pas d'autre magistrat qui proposât les plébiscites, bien que le texte porte *veluti tribuno*. Le mot *plebis-citum* (*ordre des plébéiens*) désigne, par sa décomposition même, *quod plebs scivit ac ratum esse jussit*. Par analogie, et pour désigner la loi, on trouve indiqué le mot de *populiscitum* (1), qui n'avait pas passé en usage technique comme celui de plébiscite.

Nous renvoyons à ce que nous avons dit dans l'*Histoire du droit* (ci-dess., tom. I, n°° 27, 66, 106, 178, 216 et 440), sur les comices par curies, par centuries, ou par tribus; sur les lois ou plébiscites qui en émanent; et sur l'autorité générale reconnue aux plébiscites en vertu de la loi HORTENSIA. Depuis cette époque, les lois et les plébiscites formèrent ensemble les deux sources du droit; mais ces derniers devinrent plus fréquents que les lois, si bien que la majeure partie des actes rendus sur le droit sont des plébiscites. Ils survécurent à la république et se prolongèrent jusqu'aux deux premiers empereurs. C'est sous Tibère qu'ont été publiés les derniers que nous ayons : *Lex* JUNIA NORBANA, *de latinitate manumissorum; Lex* VISELLIA, *de juribus libertinorum* (an de R. 777).

On donnait souvent aux lois et aux plébiscites le nom des magistrats qui les avaient proposés, ou des consuls sous lesquels ils avaient été rendus. On y ajoutait quelquefois le sujet qu'ils traitaient, en l'indiquant soit par un ablatif, soit par un génitif, soit par un adjectif : *Lex* VALERIA HORATIA, *de plebiscitis*, loi proposée sous les consuls Valerius et Horatius, sur les plébiscites; —*Lex* HORTENSIA, loi proposée par le dictateur Hortensius; — *Lex* CANULEIA, *de connubio patrum et plebis*, plébiscite proposé par le tribun Canuleius; — *Lex* JULIA *repetundarum*, plébiscite rendu sous Jules César, pour défendre l'usucapion des choses acquises par concussion. Une épithète commune désignait une réunion de lois ou plébiscites rendus sur le même sujet : *Leges cibariæ*, lois somptuaires; *Leges agrariæ*, lois agraires; *Leges judiciariæ*, lois judiciaires. — Il est important de remarquer que les plébiscites portent le nom de *lex*, aussi bien que les lois proprement dites; et que les Romains, à partir du milieu de la république, ne donnèrent plus à cette distinction une importance aussi grande qu'on pourrait le croire.

Lege Hortensia lata. Déjà deux lois avaient été rendues avant celle-là sur le même sujet; mais, depuis la loi Hortensia, il n'y eut plus de difficultés (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit*, n°° 149 et 178).

---

(1) FESTUS, au mot *Scitum populi*.

V. Senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit. Nam, cum auctus est populus romanus in eum modum ut difficile sit in unum eum convocari legis sanciendæ causa, æquum visum est senatum vice populi consuli.

5. Le sénatus-consulte est ce que le sénat ordonne et constitue; car le peuple romain s'étant tellement accru qu'il était difficile de le convoquer en masse pour l'adoption des lois, il parut convenable de consulter le sénat à la place du peuple.

26. Le sénat, dès le premier âge de Rome, avait, comme corps dirigeant, rendu des décrets portant le nom de *sénatus-consultes;* mais ces décrets, relatifs à l'administration, n'avaient pas le caractère propre des lois. A quelle époque prirent-ils ce caractère? Théophile, dans sa paraphrase, nous dit que la loi Hortensia, qui reconnut le pouvoir législatif aux plébiscites, le reconnut aussi aux sénatus-consultes (1). Il est vrai qu'il est le seul qui parle de ce fait. Cicéron compte déjà les sénatus-consultes parmi les sources du droit (2); nous en connaissons quelques-uns rendus dans les dernières années de la république et sous Auguste; une fois arrivés à Tibère, ils se multiplient et finissent par remplacer les plébiscites, qui s'arrêtent là : en effet, les élections des magistrats furent alors transportées du peuple au sénat (3); et le peuple, à vrai dire, cessa d'être convoqué. Que conclure de tous ces faits? Que les sénatus-consultes avaient, même sous la république, reçu quelquefois le pouvoir des lois, mais rarement et indirectement, les plébiscites formant alors la source principale du droit; que sous Tibère les plébiscites s'arrêtèrent, et qu'alors les sénatus-consultes et les constitutions impériales réglèrent seuls la législation (ci-dess., tom. I, *Hist. du droit,* nos 287 et 347).

Dès que les sénatus-consultes furent rangés parmi les lois, on leur donna le nom des consuls ou des empereurs sous lesquels ils avaient été rendus. S. C. CLAUDIANUM, sous Claude; il condamnait à l'esclavage la femme libre ayant eu des relations avec un esclave (4); S. C. TREBELLIANUM, sous Néron, Trebellius Maximus et Annæus Sénèque, consuls (5). Un seul sénatus-consulte que nous connaissions porte le nom de la personne à l'occasion de laquelle il avait été rendu : S. C. MACEDONIANUM, rendu à l'occasion d'un parricide, d'autres disent d'un usurier, nommé *Macedo* (6).

VI. Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum, lege Regia quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. Quodcumque igitur imperator *per epistolam constituit,* vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat : hæc sunt quæ Constitutiones appellantur. Plane ex his *quædam sunt personales,* quæ

6. Les volontés du prince ont aussi force de loi, parce que, par la loi Regia qui l'a constitué dans ses pouvoirs, le peuple lui cède et transporte en lui toute sa force et toute sa puissance. Ainsi tout ce que l'empereur *décide par un rescrit,* juge par un décret, ordonne par un édit, fait loi. C'est ce qu'on nomme *Constitutions impériales.* Les unes sont *personnelles* et ne font point exemple, parce

---

(1) THEOPH. hoc §.—(2) CICER. *Top.* 5.—(3) TACIT. *Ann.* I, § 15.—(4) INST. 3. 12. § 1. — (5) INST. 2. 23. § 4. — (6) INSTIT. 4. 7. § 7. — DIG. 14. 6. 1.

nec ad exemplum trahuntur (quoniam non hoc princeps vult). Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem, cum generales sint, omnes procul dubio tenent.

que le prince ne le veut pas : la faveur qu'il accorde au mérite, la punition qu'il inflige, le secours extraordinaire qu'il donne, ne doivent pas, en effet, dépasser la personne; les autres sont générales, et, sans aucun doute, elles obligent tout le monde.

27. Malgré l'opinion vulgaire qui plaçait sous Adrien l'origine des constitutions impériales, nous avons prouvé par des exemples (1) qu'elles commencèrent avec les empereurs, et que le principe en fut puisé dès l'abord dans les diverses magistratures dont ces empereurs furent investis (tom. I, *Hist.*, n° 351). Sous Auguste, les sources législatives du droit étaient les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions; après Tibère, les plébiscites ayant cessé entièrement, les sénatus-consultes et les constitutions continuèrent à exister ensemble, et ce ne fut que près d'un siècle après Adrien, jusqu'au temps de Septime Sévère (*ibid.*, n° 349), que les sénatus-consultes cessèrent à leur tour, et que l'unique source législative fut la volonté du prince.

Quant à la loi Regia, nous avons prouvé (tom. I, *Hist.*, n° 353) qu'on a voulu désigner sous ce nom la loi qui constituait l'empereur dans ses pouvoirs, et que notre passage ne doit pas avoir d'autre sens que celui-ci : comme c'est par une loi que le peuple donne l'empire et cède ses pouvoirs à l'empereur, celui-ci incontestablement a le droit de rendre des constitutions. Ce que dit Théophile sous ce paragraphe vient encore à l'appui de notre assertion.

Per epistolam constituit. Le texte fait ici allusion aux trois espèces de constitutions que nous avons distinguées (tom. I, *Hist.*, n° 350) : 1° les actes qu'on nommait mandats, épîtres, rescrits (*mandata, epistolæ, rescripta*). Ils étaient adressés par l'empereur à diverses personnes, comme à ses lieutenants, aux préteurs, aux proconsuls. Tel est le rescrit d'Antonin sur les mauvais traitements faits aux esclaves (2); tel est encore celui de Trajan sur le Testament des militaires (3). Quelquefois ils étaient écrits à de simples particuliers qui imploraient une faveur quelconque. Tels sont les rescrits qui permettaient à un citoyen de légitimer son enfant naturel (4), ou d'adroger un chef de famille (5). — 2° Les décrets (*decreta*), véritables jugements que l'empereur prononçait comme juge sur les contestations qu'il voulait décider lui-même (*cognoscens*). On trouve un exemple de décret dans le jugement attribué par les Instituts à Tibère, sur une contestation élevée entre un de ses esclaves et un citoyen (6). — 3° Les édits (*edicta*) ou lois générales promulguées spontanément par l'empereur.

Une chose à remarquer, c'est que les édits ne réglaient que

(1) Inst. 2. 12. pr.; 2. 23. § 1; 2. 15. § 4. — (2) Inst. 1. 8. § 2. — (3) Inst. 2. 11. § 1. — (4) Nov. 74. cap. 1 et 2. — (5) Inst. 1. 11. § 1. — (6) Inst. 2. 15. § 4.

l'avenir; c'est là un des caractères essentiels des lois; les décrets, au contraire, décidant un procès déjà né, portaient dans le passé; il en était de même des rescrits adressés à des magistrats qui, à l'occasion d'une contestation, prenaient conseil de l'empereur.

Quædam sunt personales. Les édits sont des lois générales et s'appliquent à tous les sujets. Les décrets sont des jugements; on pourrait croire qu'ils étaient particuliers aux procès pour lesquels ils étaient rendus; mais, lorsque l'empereur le voulait, ils faisaient loi pour toutes les causes semblables. Les rescrits étaient fort souvent généraux; ils servaient à interpréter ou à modifier les lois; la plupart des constitutions impériales étaient publiées sous cette forme. Cependant une infinité de rescrits n'étaient que particuliers : par exemple, si l'empereur permettait une légitimation ou une adoption, s'il accordait une faveur qu'on lui avait demandée, faisait grâce à un condamné, infligeait une peine plus forte ou plus légère, remettait à quelqu'un les impôts, etc.

Il est facile d'apercevoir que les constitutions embrassaient différents pouvoirs de la souveraineté : pouvoir législatif, interprétatif, judiciaire et exécutif.

VIII. *Prætorum quoque edicta* non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et *ædiles curules* edictum de quibusdam causis, quod et ipsum juris honorarii portio est.

7. Les *édits des préteurs* ont aussi une grande autorité législative; on les nomme droit honoraire, parce qu'ils doivent cette autorité à ceux qui gèrent les honneurs, c'est-à-dire aux magistrats. Les édiles curules publiaient de leur côté, sur certains objets, un édit qui fait partie du droit honoraire.

28. *Prætorum quoque edicta.* Nous avons rapporté dans l'*Histoire du droit* la création du premier préteur et celle des édiles curules (tom. I, *Hist.*, nos 160 et 161), la distinction des préteurs en *prætor urbanus*, *prætor peregrinus* (*ibid.*, n° 222); l'augmentation et la diminution du nombre de ces magistrats, nombre qui s'éleva jusqu'à dix-huit sous l'empereur Claude, et se réduisit à trois sous les princes de Constantinople. Les préteurs et les édiles étaient compris parmi les magistrats qu'on nommait *Magistratus populi romani* (*M. P. R.*), pour les distinguer des magistrats particuliers des cités. Gaius dit en parlant d'eux : « Les » magistrats du peuple romain ont le droit de faire des édits; » mais ce droit est exercé principalement dans les édits des deux » préteurs, le préteur urbain et le préteur pérégrin, dont la » juridiction appartient, dans les provinces, aux présidents; et » dans l'édit des édiles curules, dont la juridiction est exercée » par les questeurs dans les provinces du peuple; car, pour les » provinces de César, comme on n'y envoie point de questeurs, » ce dernier édit n'y est point publié. » (Gaius, *Comm.* 1. § 6.)

Comment cette faculté qu'avaient les magistrats a-t-elle pris naissance et s'est-elle développée? C'est un tableau que nous avons déjà tracé (tom. I, *Hist.*, nos 290 et suiv.); il nous suffit

de rappeler que, par leurs édits successifs (*leges annuæ*), ils introduisirent des principes tout nouveaux, rapprochés de l'équité et des lois naturelles, et qu'ainsi, à côté du droit civil, composé des lois émanées du législateur, des usages et des décisions des jurisconsultes, s'éleva le droit prétorien, destiné à aider, à compléter, à corriger le droit civil (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*) (1). Cette distinction à faire entre le droit civil et le droit prétorien est on ne peut plus importante : à chaque pas on la rencontre dans les lois. C'était par des distinctions, des subterfuges, des changements de mots que les préteurs parvenaient à corriger les principes rudes et sauvages du droit civil, sans paraître les détruire. Il est bon de parcourir quelques-uns des exemples que nous avons donnés (tom. I, *Hist.*, p. 329 et suiv.).

29. Les édits, renouvelés en partie d'année en année, n'avaient pas le caractère principal de loi; mais l'usage consacrait certaines de leurs dispositions, les préteurs ne pouvaient plus les abroger, elles se transmettaient d'édit en édit, et par leur réunion composaient un véritable droit coutumier. Ces dispositions, sous Adrien, avaient atteint toute leur extension, lorsqu'un jurisconsulte, *Salvius Julien,* fut employé à faire sur elles un travail, que l'empereur et le sénat confirmèrent, qui prit le nom de *Edictum domini Hadriani, Edictum perpetuum,* et qui depuis, reçu par tous les préteurs, constitua le droit prétorien en véritable droit écrit (2) (*ib.*, n[os] 386 et suiv.). Dès ce moment, les préteurs, en cas de difficultés ou de modifications à faire dans les règlements du droit pour l'avenir, durent recourir à l'autorité impériale (COD. JUST., 1, 17, *De vet. jur. enuc.*, 2, § 18); à peine peut-on dire s'ils eurent la faculté de publier encore, de leur chef, de minimes dispositions complémentaires se rattachant à l'exercice de leurs fonctions. Tel est encore l'état de cette institution sous Justinien. Le nombre des préteurs, à cette époque, était du reste réduit à trois.

Théophile se demande, sous ce paragraphe, pourquoi l'on avait donné aux magistrats du peuple romain le droit de publier des édits, et non celui de rendre des décrets ou des rescrits. C'est, dit-il, parce que ces derniers actes étaient rendus non-seulement pour l'avenir, mais à l'occasion d'une affaire déjà passée : or, les magistrats devaient, à l'égard du passé, se renfermer dans l'exercice impartial de la juridiction.

VIII. Responsa prudentum sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus constitutum erat ut essent qui jura publice interpretarentur, *quibus a Cæsare jus respondendi datum est,* qui

8. Les réponses des prudents sont les avis et les décisions de ceux qui avaient reçu le pouvoir de fixer le droit; car on avait établi anciennement que les lois seraient publiquement interprétées par certaines personnes *qui recevraient du*

(1) DIG. 1. 1. *De justit. et jure*, 7. §. 1, fr. Papin.

(2) M. Rudorff (Leipsig, 1869) a publié une restitution de l'édit du préteur, *Edicti perpetui quæ reliqua sunt.*

jurisconsulti appellabantur : quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut *judici recedere a responso eorum non liceret*, ut est constitutum.

prince le droit de répondre. On les nommait jurisconsultes; et telle était l'autorité de leurs avis et de leurs décisions unanimes, que, d'après les constitutions, *il n'était pas permis au juge de s'écarter de leurs réponses*.

30. C'étaient d'abord les patriciens qui, seuls initiés aux mystères du droit civil, des actions et des fastes, donnaient, sur les affaires de droit, leurs conseils ou leurs réponses comme une sorte d'oracle (1). — Vers le milieu du cinquième siècle de Rome, à peu près en 460, un plébéien, qui parvint à la dignité de grand pontife, *Tiberius Coruncanius*, se mit le premier non-seulement à répondre aux questions qui lui étaient soumises, mais à professer publiquement le droit (2). D'autres imitèrent son exemple. Les réponses des prudents, lorsqu'elles étaient adoptées de l'un à l'autre et confirmées par l'usage, s'incorporaient dans la jurisprudence, ne formant encore qu'un droit non écrit, auquel se donnait particulièrement le nom de *Jus civile* (tom. I, *Hist.*, nos 233 et suiv.). — Auguste créa une classe de jurisconsultes officiels, qui étaient investis par le prince du droit de répondre d'après son autorité et comme en son nom (3) : c'est le *jus publice respondendi*. Réponses qui n'avaient encore d'autre force que celle résultant du crédit et de la réputation de leur auteur (tom. I, *Hist.*, nos 355 et suiv.). — Adrien leur conféra une sorte de force de loi en ordonnant que le juge s'y soumît lorsqu'elles seraient unanimes (4); c'est alors qu'apparaît pour la première fois, dans Gaius, l'expression *quibus permissum est jura condere*. Nous ne croyons pas qu'il y ait dans ces deux termes, *jus publice respondendi* et *permissio jura condendi*, deux institutions différentes; nous y voyons, avec notre paragraphe (5), la même institution revêtue de plus de force et d'une expression plus énergique, à partir de l'autorité de loi donnée par Adrien aux sentences et réponses des prudents autorisés, en cas d'unanimité (tom. I, *Hist.*, nos 390 et suiv.). — La République, aux temps de Cicéron surtout, eut ses grands jurisconsultes. Sous l'empire parurent *Labéon*, *Capiton*, *Sabinus*, *Proculus*, *Julien*, *Africain*. Leurs décisions, jadis purement verbales, étaient consignées par écrit, et rassemblées en recueils ou en traités divers. Ensuite vinrent *Pomponius*, *Scævola*, *Gaius*, *Papinien*, *Paul*, *Ulpien*, noms éminents dans cette science; le dernier fut *Modestin*. — Après eux la science juridique tomba en décadence, elle se mit à vivre sur le passé et sur le calcul des opinions émises par les anciens prudents : l'usage étant de faire prévaloir, en cas de doute, celles de Papinien. Dans cet esprit, des constitutions impériales déclarèrent infirmer les notes que

(1) D. 1. 2. 2. § 37. fr. de Pomponius, abrégé de l'histoire du droit romain. — (2) *Ib.* § 35. — (3) *Ib.* § 47. — (4) Gaius, Comm. 1. § 7. — (5) V. App. I.

Paul, Ulpien et Marcien avaient composées sur ses écrits (tom. I, *Hist.*, n° 456). Mais tant de livres de tant de jurisconsultes, accumulés et vieillis, formaient encombrement et difficultés, lorsqu'une constitution de Théodose, que l'on nomme *Loi sur les citations*, désigna nominativement et d'une manière exclusive cinq de ces jurisconsultes anciens, les plus populaires et les plus récents, aux ouvrages de qui elle donna force de droit, de même qu'aux opinions des anciens prudents par eux cités, ordonnant que si ces auteurs étaient d'avis différents, la majorité l'emporterait; qu'en cas de partage, Papinien prévaudrait; que si Papinien ne se prononçait pas, le juge déciderait lui-même (1) (tom. I, *Hist.*, n° 499). Ainsi les réponses des prudents autorisés, en vertu des rescrits d'Adrien et surtout de la constitution de Théodose, pouvaient, dans les cas déterminés par ces constitutions, être comptées parmi les lois écrites, et elles en ont reçu le nom avant même leur insertion dans le corps de droit de Justinien.

C'est au changement introduit par Auguste que fait allusion ce passage de notre texte : *Quibus a Cæsare jus respondendi datum est;* c'est aux constitutions d'Adrien et de Théodose que se rapporte celui-ci : *Judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.* — Théophile, à l'occasion de ces mots *sententiæ* et *opiniones*, signale la différence qui existe entre ces deux expressions : *sententiæ*, décisions fermes et non douteuses; *opiniones*, avis moins sûrs et plus hasardés. (App. 1, liv. 1.)

31. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que, sous Justinien, de toutes les sources du droit que nous venons de parcourir, il ne restait plus que la volonté du prince, qui seule faisait loi; et si l'on dit encore que le droit écrit se compose de lois, plébiscites, sénatus-consultes, constitutions impériales, édits des préteurs et réponses des prudents, c'est parce que ces actes, rendus autrefois, conservés ou modifiés aujourd'hui par les travaux de Justinien, forment par leur réunion le corps de droit de cet empereur.

IX. Ex non scripto jus venit, *quod usus comprobavit*. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.

9. Le droit non écrit est celui *que l'usage a validé*; car des coutumes répétées chaque jour, approuvées par le consentement de ceux qui les suivent, équivalent à des lois.

32. *Quod usus comprobavit.* Si le peuple a le droit de se donner des lois en déclarant sa volonté par écrit, il doit avoir ce même droit en manifestant cette volonté tacitement par un long usage. Qu'importe en effet que le législateur s'exprime par des paroles ou par des faits? « *Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis* (2)? » Aussi un usage établi depuis longtemps doit-il faire loi. C'est ce qu'on nomme *jus moribus constitutum*. Quel est le temps que doit durer l'usage pour

(1) Cod. Theod. *De responsis prudentum*. — (2) Dig. 1. 3. 32. § 1. fr. Julian.

avoir acquis force de loi? Il n'y en a point de déterminé; il faut que ce temps soit assez long pour prouver que la chose n'a pas été observée accidentellement, mais a passé en coutume.

X. Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur; nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Atheniensium scilicet et Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea quæ pro legibus servarent, memoriæ mandarent; Athenienses vero, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

10. Et ce n'est point à tort qu'on présente le droit civil divisé en deux espèces, car son origine paraît venir des institutions de deux cités, Athènes et Lacédémone; or tel était l'usage dans ces villes, qu'à Lacédémone on confiait les lois à la mémoire; à Athènes, on les consignait par écrit.

33. Quoi qu'il en soit des Athéniens et des Lacédémoniens, ce n'est bien certainement pas parce que les premiers écrivaient leurs lois tandis que les seconds les confiaient à leur seule mémoire, que le droit des Romains se divise en droit écrit et droit non écrit. Cette division provient de la nature des choses; parce qu'il est tout naturel que les hommes ne prévoient pas sur-le-champ et n'écrivent pas toutes les lois qui leur sont nécessaires, et qu'alors l'usage et les coutumes suppléent à ce qui manque au droit écrit. C'est pour cela que, dans l'enfance d'un peuple, les lois écrites sont peu nombreuses, les lois de coutume en grande quantité; c'est pour cela qu'à mesure que le peuple marche et s'agrandit, les lois écrites augmentent, les lois d'usage diminuent. Ainsi le droit civil des Romains ne consistait principalement, sous les rois, qu'en lois non écrites, que les mœurs, la coutume et la raison du juge établissaient; ensuite il fut fixé par la loi des Douze Tables; puis il parvint à cette multitude de lois, plébiscites, sénatus-consultes et constitutions qui existaient sous Justinien.

XI. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper *firma atque immutabilia permanent*. Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, *sæpe mutari solent*, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

11. Les lois naturelles observées presque chez toutes les nations, établies par une sagesse divine, *restent toujours fixes et immuables;* mais les lois que chaque cité s'est données *sont fréquemment changées* ou par le consentement tacite du peuple, ou par d'autres lois postérieures.

34. *Immutabilia permanent*. Les mots *jura naturalia* que contient le texte ne sont plus employés dans le sens du *jus naturale* indiqué par Ulpien au *principium* de notre titre, comme commun à tous les animaux. Il s'agit ici des hommes; du *jus naturale* dans son acception ordinaire, comme désignant cette partie du droit qui découle forcément de la nature raisonnable des hommes et des relations qu'ils ont entre eux. En effet, ce sont là des droits naturels par rapport à tout le genre humain, et ils sont immuables parce que notre nature ne change jamais.

Sæpe mutari solent. L'autorité qui a le droit de faire les lois a celui de les détruire : ainsi la volonté expresse du législateur

ou l'usage peuvent également abroger les lois : « *Receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (1). »

XII. Omne autem jus, quo utimur, vel *ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Et prius de personis videamus; nam parum est jus nosse, si personæ quarum causa constitutum est, ignorentur.

12. Tout notre droit se rapporte soit *aux personnes*, soit *aux choses*, soit *aux actions*. Traitons d'abord des personnes, car c'est peu de connaître le droit, si l'on ne connaît les personnes pour qui il est établi.

35. *Ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Telle est la classification des matières du droit, qui avait été introduite par Gaius dans ses Instituts (1, § 8), qui se retrouve indiquée dans le Digeste (1, 5, *De statu hom.* 1, fr. Gai.) et que suivent les Instituts de Justinien : les personnes, les choses, les actions. Nous en avons déjà parlé dans notre *Généralisation* (tom. I, n[os] 5 et suiv.). « Partout où il y a des personnes, dit Théophile sous ce paragraphe, il y a des choses, et dès qu'il y a des choses, il est indispensable de fixer des actions. »

Déjà nous avons donné les notions générales sur les personnes, sur les choses, sur les actions (tom. I, *Généralisation du droit romain*, tit. 1, tit. 2 et tit. 5), et sur la connexion qui existe entre elles. Il serait superflu d'y revenir.

Les *actions* formant une branche importante et tout originale de la législation romaine, nous ne nous contenterons pas d'en traiter généralement, en expliquant le dernier livre des Instituts de Justinien; mais nous aurons soin d'indiquer rapidement, dès le principe, et sous chaque matière, les actions spéciales auxquelles elle donne naissance et qui en forment la sanction.

TITULUS III. — TITRE III.

DE JURE PERSONARUM. — DU DROIT QUANT AUX PERSONNES.

36. Que faut-il entendre, dans la langue du droit, par ce mot *personnes ?*

Il a deux acceptions. Dans la première, que nous avons suffisamment développée dans notre *Généralisation du droit romain* (tom. I, n° 21), il désigne tout être considéré comme capable d'avoir et de devoir des droits. Dans la seconde, il s'applique à chaque rôle, à chaque personnage que l'homme est appelé à jouer dans le droit (*ibid.*, n° 23). Ce dernier point demande encore quelques explications.

37. Dans les sciences, on considère les objets d'une manière abstraite et générale, sauf à faire dans la pratique l'application des principes que l'on a découverts. Dans la physique, par exemple, s'il m'est permis de faire cette comparaison, ce n'est pas ce corps déterminé plutôt que cet autre que l'on examine, ce

(1) Dig. 1. 3. 32. § 1. fr. Julian.

sont les propriétés communes qu'offrent tous les corps de la même espèce ; on étudie l'état de solide, de liquide ou de gaz sous lesquels ils se présentent; on détermine les conséquences de ces états. Dans le droit, on suit la même marche. Ce n'est pas tel homme plutôt que tel autre que l'on considère ; ce sont les qualités diverses, les divers états que les hommes peuvent avoir, l'état de père, de fils, d'homme libre, d'esclave; les droits, les obligations qui en découlent, sauf à faire à chacun en particulier l'application des conséquences qu'on a présentées d'une manière abstraite. Ces diverses qualités, ces divers états constituent ce que l'on nomme les *personnes*. Ce mot *personne* ne désigne donc pas des hommes, des individus, mais bien des êtres abstraits, résultats des positions diverses des individus. Le même homme peut avoir à la fois plusieurs personnes, celle de père, celle de mari, celle de tuteur, et il faut alors lui appliquer toutes les obligations et tous les droits attachés à chacune d'elles.

38. Dans les mœurs et les lois primitives des Romains ces personnes prenaient un aspect tout particulier. Le peuple réuni formait une société générale fortement constituée. Dans cette société générale, chaque famille formait une société particulière, ayant son chef et ses lois. Bien que le caractère de force qui animait ces sociétés soit disparu sous les empereurs de Constantinople ; bien que les ressorts énergiques qui les faisaient mouvoir se soient relâchés, cependant quelques débris en restent encore. Chacun a dans la société générale une position, un état qui lui donne des droits et lui impose des obligations ; chacun a de plus dans sa famille, dans la société particulière dont il fait partie, diverses positions qui donnent naissance à d'autres droits et à d'autres devoirs. Les Instituts considèrent les personnes, d'abord dans la société, ensuite dans la famille.

Sous le premier rapport, ils les distinguent en *libres* ou *esclaves;* — *ingénus* ou *affranchis*. — Nous y ajouterons cette autre considération importante : *citoyens* ou *étrangers* (1).

LIBRES OU ESCLAVES (*liberi, servi, mancipia*).

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.	Tous les hommes sont libres ou esclaves; c'est la division principale qui résulte du droit sur les personnes.

39. Cette division est commune aux divers peuples anciens. Il a fallu les progrès de la civilisation humaine pour la faire disparaître : encore ne l'est-elle pas entièrement aujourd'hui. Les esclaves formaient à Rome une classe avilie réduite au rôle d'instruments d'utilité, de plaisir ou de vanité. Leurs maîtres les

(1) Voy. (tom. I, *Généralisation du droit romain*, tit. 1, nos 21 à 104), une exposition méthodique et plus complète des diverses considérations et distinctions à faire sur les personnes.

employaient à la culture des terres, aux mille travaux ou services domestiques de la maison, au commerce comme colporteurs, marchands; à la navigation comme matelots, patrons; aux arts mécaniques comme ouvriers; car, hors la classe des prolétaires ou des *capite censi*, un citoyen eût rougi d'exercer ces dernières professions. D'autres, esclaves lettrés, grammairiens, lecteurs, secrétaires, étaient utilisés pour les services de l'esprit. Les uns et les autres souvent étaient, dans les mains du maître, comme un fonds mobilier de location, produisant, par le prix du loyer, son revenu. Le nombre des esclaves, aux derniers temps de la république et sous l'empire, était devenu prodigieux. Chez les Grecs de Constantinople et de Justinien, malgré la religion chrétienne, la multiplicité des esclaves, comme serviteurs et comme objets dans le commerce, n'en était pas moins dans la vie commune.

I. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur.

1. La liberté (d'où vient la dénomination de libres), est la faculté naturelle à chacun de faire ce qui lui plaît, à moins que la force ou la loi ne s'y opposent.

40. Deux obstacles peuvent s'opposer à la volonté de l'homme libre : la force et la loi. Mais il y a cette différence que la loi est un obstacle moral que l'homme s'est imposé lui-même dans son état social, auquel il doit toujours se soumettre et qui restreint réellement sa liberté naturelle; tandis que la force est un obstacle physique qu'il peut parvenir à vaincre, contre lequel il peut même quelquefois demander les secours de la loi. Comme si voulant entrer dans ma maison je trouve quelqu'un qui s'y est établi et me repousse violemment, je m'adresse à la justice; elle vient à mon secours, parce qu'elle doit me défendre contre une force injuste, et me fait réintégrer dans ma propriété.

II. Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

2. La servitude est une institution du droit des gens qui, contre nature, met un homme dans le domaine d'un autre.

41. L'esclavage était du droit des gens; non pas de droit naturel, car les hommes ne naissent point et ne sont point organisés pour être la propriété les uns des autres : l'esclavage est contraire à leur nature, et les jurisconsultes romains, à l'époque où le droit s'est allié complètement à la philosophie, n'hésitent pas à le proclamer, comme nous le voyons ici, par le paragraphe des Instituts extrait d'un fragment de Florentin (1). Mais l'esclavage venait des mœurs et des usages généraux des principales nations d'alors; il avait surtout ce caractère particulier aux institutions du droit des gens, qu'il était applicable à tous les hommes; les étrangers en effet pouvaient être esclaves à Rome, et les Romains esclaves chez les étrangers. — Il faut bien sentir la force de ces expressions : *dominio alieno subjicitur; dominium* signifie en droit non-seu-

(1) Dig. 1. 5. 4. § 1. fr. Florentin.

lement pouvoir, puissance, mais propriété. L'esclave tombe dans la propriété de son maître, et devient *une chose* par rapport à lui. Malgré cela, le droit romain, ainsi que nous l'avons déjà exposé (tom. I, *Général.*, n° 21, note 2), n'avait pu détruire chez les esclaves toute personnalité : même à l'égard de leurs maîtres, ils pouvaient faire certains actes ou figurer en certains actes dans lesquels ils représentaient la personne de ce maître. Mais il y avait toujours cette différence entre eux et les hommes libres, que l'homme libre avait le droit de faire tout, excepté ce que la loi lui défendait; l'esclave rien, excepté ce que la loi lui permettait.

III. Servi (autem) ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare nec occidere solent : qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiuntur.

3. Les esclaves sont nommés *servi*, parce que les généraux sont dans l'usage de faire vendre les prisonniers, et par là de les conserver au lieu de les tuer. On les nomme aussi *mancipia*, parce qu'ils sont pris avec la main sur les ennemis.

42. Tite-Live nous montre les Tarquiniens, après une victoire, immolant trois cent sept soldats romains qu'ils ont faits prisonniers (VII, 15 : « *Trecentos septem milites romanos captos Tarquinienses immolarunt* »). Notre généralissime Vercingétorix, après avoir été réservé six ans en prison pour le triomphe de J. César, est conduit en vaincu à ce triomphe et étranglé au retour. Les sauvages tuent leurs prisonniers de guerre, mais c'est pour les manger. Voilà, dans l'antiquité, la justification de l'esclavage : l'une vaut l'autre. Soldats et populations vaincues, femmes et enfants étaient soumis à ce prétendu droit.

Les Romains, en leurs premiers temps, avaient besoin de conquérir des citoyens plutôt que des esclaves : aussi les voit-on souvent détruire les villes soumises, transporter les habitants parmi eux, leur donner les droits de cité. Ce fut ainsi que les peuples du Latium, les Sabins, les habitants d'Albe, furent absorbés par Rome naissante, et que cette ville compta bientôt plus de cinquante mille citoyens. Puis, l'exercice des humbles professions et des arts mécaniques, le besoin de se faire servir, le luxe croissant réclament plus d'esclaves : dans les guerres contre les habitants plus éloignés de l'Italie, ils commencent à se multiplier; à mesure que les armes s'étendent au dehors, le nombre en devient toujours plus considérable. Les historiens rapportent que Fabius Cunctator en envoya trente mille de la seule ville de Tarente, et Paul-Émile cent cinquante mille de l'Épire. Ce fut bien pis encore aux derniers jours de la république, sous Marius, Sylla, Pompée, César et Octave. Les trafiquants d'esclaves suivaient les armées, ceux-là, on peut bien le dire, comme des loups-cerviers, pour acheter les populations captives, par grandes masses, à l'encan, et les envoyer vendre au détail dans les marchés. Plus tard le nombre des esclaves décrut avec les victoires. A l'époque de Justinien, ils étaient faits par les généraux dans les guerres que ce prince eut

à soutenir contre les Perses, les Africains, les Vandales, les Goths, et autres nations qu'on nommait Barbares.

IV. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur *ex ancillis nostris* : fiunt aut jure gentium, id est, *ex captivitate;* aut *jure civili*, cum liber homo, major viginti annis, ad pretium participandum sese venundari passus est.

4. Les esclaves naissent tels, ou le deviennent. Ils naissent tels *de nos femmes esclaves*; ils le deviennent ou d'après le droit des gens *par la captivité*, ou d'*après le droit civil*, lorsqu'un homme libre, majeur de vingt ans, s'est laissé vendre pour prendre part au prix.

44. Les esclaves le sont par le droit des gens, par naissance ou par le droit civil.

1° Par le droit des gens (*ex captivitate*). Non-seulement l'ennemi fait prisonnier par les Romains devenait esclave, mais le Romain lui-même tombé au pouvoir de l'ennemi ou d'une nation étrangère, ni amie ni alliée, dit Pomponius (D. 49, 15, *De captiv.*, 5, § 2), faisant, à l'improviste, acte de capture, perdait à Rome tous ses droits de citoyen et d'homme libre. Ce fut ainsi que Régulus, amené par les ambassadeurs carthaginois, refusa de prendre place au sénat, disant qu'il n'était plus qu'un esclave. Avec une pareille institution, on voit que chaque soldat ne se battait pas seulement pour son pays, mais pour ses biens, pour ses droits, pour sa liberté. Si le soldat captif chez l'ennemi parvenait à rentrer à Rome, tous ses droits lui étaient rendus; et, par une condition résolutoire, qu'on nommait droit de postliminium (*jus postliminii*), le temps de son esclavage était effacé de sa vie; il était remis dans son premier état, comme s'il n'avait jamais cessé d'être libre. Ainsi le captif était aussi fortement intéressé à rompre ses fers que le soldat l'était à se défendre pour les éviter.

45. 2° Par naissance (*ex ancillis nostris*). Les premiers esclaves une fois établis, ce principe que l'enfant hors des justes noces suit la condition de la mère, rendit esclaves tous les enfants d'une femme esclave. Ces enfants appartenaient au maître de leur mère. On les nommait, par rapport à ce dernier, *vernæ* (sing. *verna*), esclaves nés dans la maison du maître.

46. 3° Par le droit civil. Jamais aucune convention, aucune prescription ne pouvait rendre esclave un homme libre. Un enfant aurait été, dès son enfance, volé à ses parents et vendu comme esclave, il aurait passé dans cet état plus de trente ou quarante ans, n'importe, la liberté est inaliénable, la liberté est imprescriptible (1). Il aurait pu, dès qu'il aurait reconnu ses droits, réclamer sa liberté (*ad libertatem proclamare*) (2). Mais, dans quelques cas, la loi civile infligeait l'esclavage comme punition. Nous ne parlerons pas ici des espèces variées de servitude qui frappaient jadis celui qui s'était soustrait à l'inscription sur le cens ou au service militaire (3), le voleur manifeste (*Hist.*, n° 55 et p. 112) (4),

(1) Il faut se rappeler l'exception que nous avons signalée à l'égard des colons (tome I, *Hist.*, n° 491). — (2) D. 48. 12. — COD. 7. 16. — (3) CIC. *pro Cæcina*, c. 34. — D. 49. 16. *De re milit.* 4. § 10. — (4) Lois des Douze Tables.

le débiteur qui ne pouvait payer son créancier (*ibid.*, p. 101 et nº 118) (1); depuis bien du temps ces institutions ont disparu. — Le commerce illicite d'une femme libre avec un esclave, la condamnation aux mines (*in metallum*), étaient deux causes de véritable esclavage. Justinien, dans ses Instituts, supprima la première en abolissant la disposition du sénatus-consulte Claudien qui l'avait créée (2); il conserva encore la seconde (3); mais dans la suite il la détruisit par une novelle (4). L'ingratitude d'un affranchi envers son patron, et la fraude de l'homme qui se faisait vendre pour partager le prix, sont les deux causes qui restèrent. Nous allons expliquer la dernière, dont les Instituts parlent ici. Il paraît que des malheureux avaient fait un moyen de fraude de cette maxime que la liberté est inaliénable. Un homme convenait avec un autre de passer pour son esclave, de se laisser vendre comme tel; et quand le prétendu vendeur avait disparu avec le prix, le vendu, réclamant sa liberté, pouvait rejoindre son complice et partager avec lui le produit de leur fourberie, tandis que l'acheteur perdait et l'argent qu'il avait donné et l'esclave qu'il avait cru acheter. Pour éviter cette fraude, une règle de droit, reproduite sans doute dans le s.-c. Claudien (*Hist.*, nº 289) (5), refusa à celui qui s'était ainsi laissé vendre le droit de vendiquer sa liberté; non pas, comme on le dit, pour le punir d'avoir méprisé la liberté, mais pour le punir de sa fraude et pour empêcher que l'acheteur n'en fût victime. Les dispositions que nous allons citer en font preuve. Il fallait : 1º que celui qui s'était laissé vendre fût majeur de vingt ans au moment de la vente, ou bien à l'époque où il partageait avec son complice le prix de leur dol : car jusque-là son âge était trop peu avancé pour le frapper d'une peine aussi sévère (6); 2º qu'il connût bien sa qualité d'homme libre, et que son intention fût de partager le prix; car, sans ces conditions, il n'y aurait point eu fraude de sa part (7); 3º que le prix eût été réellement compté par l'acheteur au vendeur : car, si l'acheteur n'avait rien payé, il n'éprouvait aucun préjudice (8); 4º que l'acheteur ignorât que celui qu'on lui vendait était libre : car s'il le savait, il ne pouvait pas se plaindre d'avoir été trompé, et devait s'en prendre à lui seul (9).

V. In servorum conditione nulla est differentia; in liberis autem multæ; aut enim sunt ingenui, aut libertini.	**5. Dans la condition des esclaves, nulle différence; parmi les hommes libres, il en est plusieurs. Ils sont en effet ingénus ou affranchis.**

47. Les esclaves, dans la société générale, n'avaient point, à proprement parler, de personne (10). Ils étaient considérés comme

(1) *Ibidem*. — (2) Inst. 3. 12. 1. — (3) *Ibid.* 1. 16. 1. — (4) Nov. 22. c. 8. — (5) D. 40. 13, 5 f. Paul. — (6) D. 40. 12. 7. § 1. f. Ulp. — 40. 13. 1. § 1. — (7) D. 40. 12. 7. prin. — (8) D. 40. 13. 1. prin. — (9) D. 40. 12. 7. § 2 f. Ulp. — (10) Théoph. *Inst.* 3. 17. prin.

n'existant pas dans l'ordre civil : « *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur. Servitutem mortalitati fere comparamus* (1), » ou du moins ils n'existaient que comme la chose de leur maître. Incapables d'exercer aucune fonction, ils ne pouvaient être ni juges, ni arbitres, ni témoins dans un testament; on pouvait, il est vrai, les appeler en témoignage dans une affaire criminelle ou civile, pour attester des faits, mais quand on n'avait pas d'autre moyen de découvrir la vérité (2); cependant un esclave pouvait posséder un pécule, le faire valoir, être institué héritier, recevoir un legs, une donation, diriger un commerce, un navire; mais, dans tous les cas, l'esclave n'était qu'un intermédiaire, un instrument, la représentation de son maître : c'est, dit Théophile, la personne du maître qui est représentée par l'esclave.

D'après notre texte, il ne peut y avoir de différence entre les esclaves; en effet, ajoute Théophile, on ne peut être plus ou moins esclave. Entre individus qui n'ont absolument aucun droit, l'un ne peut en avoir plus qu'un autre. Cependant il ne faut pas confondre avec les esclaves proprement dits (*servi, mancipia*) les colons tributaires (*coloni censiti, adscriptitii* ou *tributarii*) et les colons libres (*inquilini, coloni liberi*), espèces de serfs introduits sous les empereurs, tenant un milieu entre la liberté et l'esclavage (tom. I, *Hist.*, n° 488). Il faut distinguer aussi les esclaves de la peine (*servi pœnæ*), condamnés aux bêtes et aux mines, et n'ayant pour ainsi dire d'autre maître que leur supplice : Justinien supprima cette servitude; enfin les esclaves appartenant au peuple ou à une municipalité (*servi populi romani, reipublicæ*). — Parmi les esclaves appartenant à des particuliers, il existait des différences de fait, selon les travaux auxquels ils étaient employés. L'un était précepteur des enfants de son maître (*educator*), l'autre intendant (*actor*), chargé de distribuer le travail aux autres esclaves (*dispensator*); celui-ci destiné à jouer la comédie (*comœdus*), celui-là soumis aux travaux les plus rudes, enchaîné (*compeditus*) Il y avait même les esclaves d'un autre esclave, pour le servir, pour le suppléer, pour lui procurer un profit quelconque : on les nommait *servi vicarii*, les autres *servi ordinarii*. Mais toutes ces différences dépendaient de la volonté du maître, qui pouvait les faire naître, ou les tolérer, ou les détruire à son gré.

CITOYENS OU ÉTRANGERS (*cives; peregrini, barbari*).

48. Nous avons vu le droit de cité, ou politique ou d'ordre privé, réservé d'abord aux seuls habitants de Rome et de son territoire; accordé, soit en totalité, soit partiellement, à certaines villes dans le Latium, puis au delà; aux colonies romaines ou latines;

---

(1) D. 50. 17. 32 et 209 f. Ulp. — (2) D. 22. 5. 7. f. Mod. (Voir ci-dessous, p. 150.)

à des particuliers : ainsi fut fait citoyen Ennius, le poëte (CICER., *Brut.*, § 20) : conquis dans la guerre sociale par toute l'Italie, répandu dans plusieurs provinces, donné enfin par Caracalla à tous les sujets de l'empire. De là plusieurs conditions diverses : *Latini veteres*, *Latini*, *cives* ou *Latini colonarii*, *dediticii*; étendues, par assimilation, aux affranchis, *cives*, *latini*, *dediticii*. Nous nous en référons, pour tous ces points, à ce que nous en avons dit dans l'*Histoire du droit*. — La situation sous Justinien est bien simplifiée : les derniers vestiges de cet ancien droit s'en vont par l'abrogation de ce qui concernait les affranchis; il n'y a plus à distinguer que les citoyens et les *peregrini*, qui sont les peuples hors de la domination romaine, qualifiés, pour la plupart, de Barbares.

La question de savoir dans quels cas, en ces diverses situations, un enfant naissait citoyen ou non était compliquée. Gaius, antérieur à Caracalla de quelques années, y consacre plus d'une page de ses Instituts, malheureusement fort altérées (1).

Voici deux règles générales qui recevaient ici leur application. 1° L'enfant issu d'un mariage légitime, contracté entre personnes ayant le droit civil de s'unir (*connubium*), suit la condition du père : l'enfant né hors mariage, ou né de personnes n'ayant pas, entre elles le *connubium*, suit la condition de la mère : « *Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt* (2). » — 2° Lorsque l'enfant suit la condition du père, il faut prendre cette condition au moment de la conception; lorsqu'il suit la condition de la mère, au moment de la naissance : « *In his qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem qui non legitime concipiuntur, editionis* (3). » — Cette dernière règle était calquée exactement sur les lois de la nature matérielle : immédiatement après la conception, l'existence physique de l'enfant est indépendante de celle du père; mais jusqu'à l'enfantement elle reste liée à celle de la mère. Un droit plus pur pourrait sans doute abstraire de cette vie utérine l'état juridique du fœtus et le traiter séparément; le droit romain l'avait fait ailleurs, mais pas ici. — Il faudrait conclure de ces règles que lorsque l'enfant naissait hors mariage légitime, d'une citoyenne et d'un *peregrinus*, il naissait citoyen; mais la loi MENSIA, *De natis ex alterutro peregrino*, portée sous Auguste, décidait que dans tous les cas où du père ou de la mère l'un serait étranger, l'enfant le serait aussi : « *Lex Mensia ex alterutro peregrino nat(um) deterioris parentis conditionem sequi jubet* (4). » Il fallait donc,

(1) GAIUS. Comm. 1. §§ 28 à 35; 67 à 97. — (2) ULP. *Reg.* 5. § 8. — GAIUS. 1. §§ 80, 89. — (3) ULP. *Reg.* tit. 5. § 10. — GAIUS. *Ibid.* — (4) ULP. *Reg.* tit 5. § 8. D'après MM. Haubold et Hugo, suivis depuis par d'autres, le mot *lex Mensia* ne serait qu'une corruption de *lex Ælia Sentia*. Voy. Gaius. 1. § 80.

d'après cette loi, pour que l'enfant naquît citoyen, que le père et la mère le fussent tous deux. — Par exception, en vertu d'un rescrit d'Adrien, l'enfant né du mariage d'un affranchi latin avec une citoyenne romaine naissait citoyen (GAIUS, I, 80). — De même un citoyen ou une citoyenne ayant épousé une femme ou un homme qu'ils avaient crus, à tort, citoyens, étaient admis, en vertu d'un sénatus-consulte, s'ils en avaient eu un fils, à justifier de leur erreur (*causam erroris probare*), et par là, leur conjoint et leur enfant devenaient citoyens (GAIUS, I, 67, 68 et 87).

INGÉNUS ET AFFRANCHIS (*ingenui; libertini, liberti*).

49. Cette différence avait des résultats importants et dans les mœurs et dans les lois; aussi notre texte l'examine-t-il en détail.

TITULUS IV.

DE INGENUIS.

Ingenuus est, qui *statim ut nascitur, liber est* : sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino et altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est: Si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus probat liberum nasci; sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse : quod et verum est.

TITRE IV.

DES INGÉNUS.

Est ingénu celui qui, *dès l'instant de sa naissance, est libre,* qu'il soit issu du mariage de deux ingénus, de deux affranchis, ou de celui d'un affranchi et d'un ingénu. Bien plus, l'enfant d'une mère libre et d'un père esclave naît ingénu; comme celui dont la mère est libre, mais qui a un père incertain, parce qu'il a été vulgairement conçu (1). Il suffit du reste que la mère soit libre au moment de la naissance, bien qu'elle fût esclave à celui de la conception. Et si, au contraire, elle a conçu libre et accouche esclave, on a ordonné que l'enfant naîtrait libre, parce que l'infortune de la mère ne doit pas nuire à l'enfant qu'elle porte dans son sein. D'où l'on a fait cette question : Une esclave enceinte est affranchie, ensuite elle redevient esclave et accouche, son enfant est-il libre ou esclave ? Marcellus pense qu'il naît libre. Il suffit, en effet, à l'enfant conçu, que sa mère ait été libre un moment, ne serait-ce que pendant la gestation; et cela est vrai.

50. La racine du mot *ingenuus* est évidemment en cette idée : *qui est né dans une gens* (tom. I, *Hist. du droit,* n° 17); mais la signification s'en est amoindrie avec le temps, à mesure que l'antique composition sociale a changé; il a fini par ne plus se référer qu'à la liberté.

---

(1) Cette expression *vulgo conceptus* est pleine d'énergie, et indique bien un enfant dont la conception, ayant eu lieu hors mariage, ne peut pas être plus attribuée à l'un qu'à l'autre. On ne peut la rendre en français, et j'ai mieux aimé traduire mot à mot que de chercher une périphrase.

Statim ut nascitur liber est. L'ingénu, dès l'instant de sa naissance, a pris rang parmi les hommes libres, dans sa famille et dans la cité; il n'a jamais été soumis à aucun droit de servitude, et, ne devant sa liberté à personne, aucune sujétion à cet égard ne lui est imposée.—Mais dans quels cas un enfant naît-il libre, et par conséquent ingénu? En appliquant les deux règles que nous venons d'expliquer (p. 43), il faudrait décider : 1° que, si l'enfant est conçu en mariage, il prend la condition que son père avait au moment de la conception, et par conséquent il est libre, quel qu'ait été depuis le sort du père; 2° que, s'il n'y a pas mariage, l'enfant suit la condition qu'a la mère au moment de la naissance; si la mère est libre à cette époque, l'enfant est libre; si la mère est esclave, l'enfant est esclave, quel que soit du reste le père, libre ou esclave, et quel qu'ait été le sort de la mère pendant la gestation. —Tel était le droit rigoureux. Gaius (1) et Ulpien l'appliquent, comme nous l'avons vu, au cas où il s'agit de savoir si un enfant naît étranger, et ils ne disent pas qu'il en soit autrement pour les esclaves; mais Paul, qui écrivait à la même époque qu'Ulpien, indique une exception faite à la règle générale en faveur de la liberté : « 1. *Si serva conceperit, et postea manumissa pepererit, liberum parit.*—2. *Si libera conceperit, et ancilla facta pepererit, liberum parit. Id enim favor libertatis exposcit.*—3. *Si ancilla conceperit, et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, liberum parit. Media enim tempora libertati prodesse, non nocere etiam possunt* (2). » Marcien, presque contemporain d'Ulpien, donne la même décision (3); enfin notre version des Instituts attribue cet avis à Marcellus, qui vivait sous Marc-Aurèle, au temps même de Gaius (tom. I, *Hist.*, n° 393). Ainsi, depuis ces jurisconsultes, pour que l'enfant naquît libre, il suffisait que la mère l'eût été pendant un seul moment de la gestation : c'est la disposition des Instituts.

1. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, et postea manumissum esse; sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.	**1.** Celui qui est né ingénu ne perd pas cette qualité pour avoir été réduit en servitude et ensuite affranchi; car, très-souvent, l'on a déclaré que la manumission ne peut nuire aux droits de naissance.

51. Il faut bien se garder d'entendre par ce paragraphe que l'ingénu ne peut jamais perdre cette qualité. L'ingénu réellement fait esclave (*servus*), par exemple, parce qu'il s'est laissé vendre pour avoir part au prix, a perdu son ingénuité; et si son maître le libère, il devient affranchi (4), parce qu'il doit la liberté à son maître. Mais l'ingénu réduit en esclavage (*in servitute*), par exemple, l'enfant que, dans son enfance, des pirates ont volé et

(1) GAIUS, Comm. 1. § 89. — (2) PAUL. *Sent.* liv. 2, tit. 24. — (3) D. 1. 5. 5. §§ 2 et 3. f. Marc. — (4) D. 1. 5. 21. f. Modest.

vendu comme esclave, n'a jamais perdu son ingénuité, et si son maître le libère, il ne devient pas affranchi, parce qu'il ne doit pas à son maître la liberté qu'on lui avait ravie de fait, mais qu'il n'avait jamais perdue de droit. La différence est donc dans ces expressions : *in servitute esse, servus esse,* dont la première exprime le fait, la seconde le droit. — Un homme a une femme libre à son service, elle accouche et meurt laissant son enfant vivant. Le maître meurt quelque temps après ; son héritier croit que l'enfant est esclave, le garde comme tel et par suite le libère. Cet enfant ne devient pas affranchi, parce qu'il était *in servitute,* mais non *servus*. C'est encore un exemple donné par Théophile. — On peut conclure de toutes ces observations que la définition de l'ingénu, donnée par le paragraphe précédent, n'est pas entièrement exacte ; il ne suffisait pas de dire : l'ingénu est celui qui est né libre, il fallait ajouter : et qui n'a jamais cessé de l'être.

TITULUS V.

DE LIBERTINIS.

TITRE V.

DES AFFRANCHIS.

52. L'esclave délivré de la servitude se nommait affranchi (*libertinus* quant à la désignation générale de son état ; *libertus* lorsqu'on le considère par rapport à son patron) ; celui qui le délivrait, patron (*patronus*). Les mœurs et les lois avaient séparé les affranchis des ingénus, et en avaient fait une classe à part. — Dans les mœurs : le souvenir de leur esclavage les marquait pour toujours, et les plaçait bien au-dessous de ceux qui ne devaient leur liberté qu'à leur naissance. L'ancien esclave prenait le nom de son patron, il s'attachait ordinairement à sa maison, et, après l'avoir servi comme esclave, il le servait encore comme affranchi (1). Il ne craignait pas de se livrer à des occupations qu'un ingénu n'eût pas voulu remplir, comme celle de diriger un commerce, un navire, une boutique ; quelquefois il se rendait utile par ses connaissances dans les affaires ou dans la jurisprudence ; souvent il devenait le confident, le complice de son patron ; la plupart de ces empereurs qui ont laissé dans l'histoire un nom flétri, eurent pour conseillers des affranchis : Narcisse inspira et dirigea presque tous les forfaits de Néron. Mais quelquefois aussi ces esclaves libérés semblaient par leurs talents vouloir se venger de la fortune : Térence ne devait la liberté qu'à une manumission, Horace était fils d'affranchi ; ils avaient reçu en naissant le génie qui a fait passer jusqu'à nous leur nom et leurs ouvrages. — Par les lois : les affranchis, dans l'ordre politique, ne pouvaient aspirer à certaines dignités ; ils n'avaient pas le droit de porter l'anneau d'or (*jus aureorum annulorum*), marque distinctive des chevaliers, qui avait fini par être commune à tous les ingénus ; enfin il était défendu aux patriciens de former des alliances avec eux. Dans l'ordre privé,

(1) Inst. 2. 5. 2.

la chose la plus caractéristique, c'est que l'affranchi, en entrant parmi les hommes libres, s'y trouvait seul, sans famille civile ; et cela devait nécessairement changer pour lui toutes les règles de cette matière, comme celles sur la tutelle, sur les successions. Dans cette position, les lois, de concert avec les mœurs, lui avaient donné en quelque sorte pour famille celle du patron, son père (*patronus*) dans la liberté et dans la cité, qui lui donnait son nom, et envers qui il avait à remplir plusieurs devoirs dont la réunion formait pour celui-ci ce qu'on nommait les droits de patronage (*jura patronatus*).

53. Aux premiers temps de la république, il y avait peu d'esclaves, partant peu d'affranchis : on les distinguait grandement des ingénus ; plus tard les esclaves se multiplièrent, les affranchis aussi ; dans les dernières guerres civiles on forma avec eux des légions, chose contraire au droit constitutif. Auguste voulut réprimer par plusieurs lois ces manumissions répétées (tom. I, *Hist.*, n° 379) ; mais la fortune et les mœurs de l'empire ne ressemblaient pas à celles de la république ; les choses continuèrent d'avoir leur cours ; les affranchis citoyens se rapprochèrent des ingénus ; souvent les empereurs accordaient à quelques-uns d'entre eux le droit de régénération (*jus regenerationis*), et par là ils se trouvaient en quelque sorte régénérés, rangés parmi les ingénus, pouvant porter l'anneau d'or. Enfin Justinien finit par effacer toute différence à cet égard ; il accorda à tous les affranchis la régénération, et ne laissa plus subsister, comme les distinguant des ingénus, que les droits du patron et de sa famille.

Libertini sunt, qui *ex justa servitute* manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est : manumissus liberatur a potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit; utpote, cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse cœperunt : liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini, *qui desierant esse servi*.

Sont affranchis ceux qui sont libérés par manumission d'*une juste servitude*. La manumission est le don de la liberté ; car, tant qu'on est esclave, on est sous la main et sous la puissance du maître ; par la manumission on est délivré de cette puissance. Cette institution vient du droit des gens; en effet, d'après le droit naturel, tous les hommes naissaient libres, et il n'y avait pas d'affranchissement, parce qu'il n'y avait pas d'esclavage. Mais lorsque le droit des gens eut introduit la servitude, à la suite vint le bienfait de la manumission ; et tandis que primitivement tous les hommes étaient égaux, on commença d'après le droit des gens à les diviser en trois espèces : les libres; par opposition, les esclaves; et troisièmement les affranchis, *qui avaient cessé d'être esclaves*.

54. Pour qu'un homme libéré de la servitude devînt affranchi, il fallait que sa servitude fût réelle et de droit, sinon la manumission n'aurait pas nui à sa liberté; voilà pourquoi le texte

porte : *ex justa servitute*. Les derniers termes du paragraphe, *qui desierant esse servi*, comprennent la même idée; ils ont même quelque chose de plus général que la première définition, car ils ne renferment pas le mot *manumissi*, libérés par manumission : or il y avait des esclaves qui pouvaient être affranchis d'autres manières que par manumission. L'étymologie de *manumissio* est bien naturelle : *de manu missio;* les expressions *manui subesse* étaient consacrées chez les Romains pour dire être sous la puissance; l'esclave est *sub manu domini :* voilà pourquoi l'acte qui le délivre de cette puissance, de cette main qui pèse sur lui, se nomme *manumissio*. Nous verrons cependant que le mot *manus*, pris ici dans un sens général, était jadis consacré pour désigner spécialement la puissance du mari sur la femme.

I. Multis autem modis manumissio procedit : aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam; aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.

1. L'affranchissement se fait de plusieurs manières : dans les saintes églises conformément aux constitutions impériales, par la vindicte, entre amis, par testament ou par tout autre acte de dernière volonté. Il est encore, pour acquérir la liberté, beaucoup d'autres moyens introduits tant par les constitutions anciennes que par les nôtres.

Manumission

55. La manumission n'était pas un acte qui ne touchât qu'à un intérêt privé; il faut bien en saisir le véritable caractère. Elle avait pour but naturel de libérer l'esclave, et, partant, une fois libre, de le faire entrer dans la société avec des droits quelconques; ces droits étaient même ceux de citoyen. Trois parties étaient intéressées : le maître qui perdait sa puissance, l'esclave qui changeait de condition, et la cité qui le recevait dans son sein comme un de ses membres. Ces trois parties devaient donc intervenir dans l'acte. Aussi la volonté seule du maître ne suffisait-elle pas pour opérer l'affranchissement; la cité y concourait toujours : représentée par le censeur dans l'affranchissement par le cens; par le peuple lui-même réuni en comices dans l'affranchissement par testament; par le magistrat dans l'affranchissement par la vindicte. Toute manumission faite par le propriétaire seul ne devait être qu'un acte privé; cependant nous voyons souvent que les maîtres affranchissaient l'esclave, soit en le faisant asseoir à leur table en signe de liberté, soit en déclarant devant des amis leur intention; mais ce n'était là qu'une affaire particulière entre l'esclave et son maître, par laquelle celui-ci promettait de ne point exercer son pouvoir : l'esclave ne devenait ni libre, ni citoyen romain, car la cité n'était pour rien dans son affranchissement, et le maître pouvait, quand il voulait, reprendre cette puissance qu'il avait promis de ne plus exercer, car on ne s'oblige pas envers son esclave; il est vrai que les préteurs s'y opposaient. Par la suite, une loi JUNIA sanctionna cette juridiction prétorienne, et voulut que ces esclaves vécussent

toujours comme libres, mais non comme citoyens (1). Enfin Justinien, sous qui le titre de citoyen était bien loin d'avoir le prix qu'on donnait à Rome à ce titre, ne mit aucune différence entre ces divers modes d'affranchissement, et par là les esclaves purent, sans le concours de la cité, et par la volonté seule du maître, recevoir non-seulement la liberté, mais encore les droits de cité.

56. De cet aperçu il est facile de conclure que les modes de manumission se divisent en modes dans lesquels intervient l'autorité publique, et modes dans lesquels elle n'intervient pas (ou modes publics, modes privés); que cette division est importante à remarquer dans la première jurisprudence, parce que les affranchissements avec intervention de l'autorité publique étaient les seuls qui existassent primitivement, les seuls qui produisissent des effets sanctionnés par le droit; et depuis la loi JUNIA, parce que les affranchissements publics rendaient seuls citoyens, les autres ne donnant que l'exercice irrévocable de la liberté; mais que, sous Justinien, la même importance cesse, puisque tous les modes produisent les mêmes effets.

Modes publics de manumission.

57. Manumission par le cens (*censu*). Lorsque le censeur faisait le recensement des citoyens, intervenaient devant lui l'esclave qu'on voulait libérer, le maître qui renonçait à sa puissance, et alors, en vertu des pouvoirs qui lui étaient confiés, ce magistrat inscrivait l'esclave sur les tables du cens au nombre des Romains; formalité toute simple, toute naturelle, qui n'était qu'un commencement d'exécution des effets que devait produire l'affranchissement. Tel est le premier mode de manumission dont le souvenir nous soit conservé; il prend son origine peu de temps après Servius (tom. I, *Hist.*, n° 55). Sous l'empire, l'institution du cens tomba en désuétude. Pendant deux cents ans environ, depuis Vespasien jusqu'à Décius (de 827 de R. à 1002), on ne fit aucun recensement, et dans l'intervalle, les jurisconsultes parlent de la manumission par le cens, les uns comme existant toujours (2), parce qu'elle n'était pas abolie de droit; les autres, comme n'existant plus, parce qu'elle était tombée en désuétude (3).

(1) Tout ce que nous venons de dire se déduit comme une conséquence forcée des diverses dispositions sur les affranchissements et de la nature de cet acte. Voici à ce sujet un passage qui est trop saillant pour ne point le citer; il est puisé chez un ancien jurisconsulte romain. « Primum ergo videamus quale est quod dicitur, eos qui inter amicos apud veteres manumittebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari, et tantum serviendi metu liberari. Antea enim *una libertas erat;* et libertas fiebat vel ex *vindicta*, vel ex *testamento*, vel in *censu;* et *civitas romana competit* manumissis, quæ appellatur legitima libertas. Hi autem qui *domini voluntate* in libertate erant, *manebant servi*, et manumissores audebant eos iterum per vim in servitutem ducere : sed interveniebat prætor, et non permittebat manumissum servire », etc. (Veteris jurecons. fragment. De manum. § 6.). — (2) GAIUS. 1. 17. — (3) ULPIEN (*Regul.* tit. 1.

L'empereur Décius (1002 de R. — 249 de J. C.) fit faire un recensement qui fut le dernier.

2. Vindicta

58. Manumission par la vindicte (*vindicta*). L'affranchissement dont nous venons de parler ne se présentait que tous les cinq ans; il ne pouvait longtemps suffire. Cependant quel moyen trouver pour rendre libre et citoyen un esclave sans l'inscription sur le cens? Une action symbolique, toute dans le génie des premiers Romains, donna ce moyen. Lorsqu'un homme libre était injustement en servitude, quelque citoyen, dans son intérêt, s'adressait au consul exerçant la juridiction, et le vendiquait en liberté (*in libertatem vindicabat*) (1). Alors avait lieu, suivant les formes voulues, le procès nommé *causa liberalis*, à la suite duquel il devait être déclaré libre (2). Une représentation fictive de ce procès conduisit à la manumission. Le maître et l'esclave se présentaient au consul; là, avec des formalités qui ne nous sont pas bien connues, un ami, ou le licteur, jouant le rôle de demandeur (*adsertor libertatis*), feignait de vendiquer la liberté comme appartenant à cet homme; le maître ne contestait pas; et le magistrat, rendant une espèce de décision, le déclarait libre selon le droit des Romains. C'était ainsi qu'on parvenait au but qu'on voulait atteindre. Dans ces formalités figurait une baguette (*festuca, vindicta*), espèce de lance qui, chez les Romains, peuple guerrier et spoliateur, était un symbole de propriété et s'employait dans toutes les procédures où il s'agissait de vendiquer. « *Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii : maxime (enim) sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent.* » (3). Cette lance était apposée sur l'esclave lorsqu'on le vendiquait en liberté (*in libertatem vindicare*), et voilà pourquoi l'affranchissement par ce moyen se nommait *vindicta manumissio*. — Les magistrats devant qui se faisait cet acte furent d'abord les consuls; on y ajouta les préteurs, lorsque leur juridiction eut été créée; puis les proconsuls et les divers présidents des provinces.

Cette opinion sur l'affranchissement par la vindicte, encore contestée à l'époque où elle a été émise dans la première édition de cet ouvrage, est aujourd'hui vulgaire et considérée comme hors de doute. L'affranchissement par la vindicte n'était qu'une application particulière de l'*in jure cessio* (4); quant aux détails

---

§ 8) s'exprime ainsi : « Censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romæ jussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur. »

(1) Ce demandeur était nommé *adsertor libertatis*. — (2) Dig. 40. 12. *De liberali causa*. — (3) Gaius. 4. § 16. *in fin*.

(4) Il ne faut pas s'arrêter aux diverses descriptions hypothétiques et souvent contradictoires de la manumission par la vindicte. Le licteur, suivant les uns, le maître, suivant d'autres, saisissant l'esclave pour mieux l'indiquer au magistrat, déclarait son intention : *hunc hominem liberum esse volo*, et, après lui avoir donné un soufflet, comme dernier acte de sa puissance, il le repoussait en le faisant tourner sur lui-même, et lui disant : *Abito quo voles*. Le préteur alors faisait imposer la baguette (*vindicta*), et le déclarait libre : *Aio te liberum more*

des formalités et des paroles employées, quelles qu'elles fussent, elles tombèrent en désuétude sous les empereurs. Un fragment d'Hermogénien nous apprend que l'affranchissement se faisait de son temps sans que le maître parlât; les paroles solennelles étaient supposées prononcées (1); il n'était pas nécessaire que le magistrat fût à son tribunal : il pouvait affranchir en quelque lieu qu'il fût. Ulpien dit même avoir vu le préteur affranchir étant à la campagne, sans que les licteurs fussent présents (2).

59. Manumission par testament (*testamento*). Le testament ne pouvait être fait primitivement que devant les comices du peuple, qui devaient ratifier les volontés du testateur, comme s'il s'agissait de ratifier un projet de loi. Il était naturel qu'on pût affranchir par ce moyen, puisque le peuple lui-même y concourait. L'esclave n'y intervenait pas plus que tout autre légataire, parce que le testament n'est fait que pour le moment de la mort du testateur, et jusque-là ne produit aucun effet. Par la suite, les formalités devinrent moins rigoureuses : au lieu de l'intervention du peuple, il suffit de celle d'un certain nombre de témoins; mais les manumissions n'en continuèrent pas moins à pouvoir être faites dans cet acte. — On donnait ainsi la liberté directement ou par fidéicommis. *Directement*, quand le testateur, sans employer aucun intermédiaire, déclarait sa volonté : *Servus meus Cratinus liber esto; liber sit; Cratinum liberum esse jubeo:* par *fidéicommis*, quand le maître employait une personne interposée, qu'il priait d'affranchir l'esclave : « *Heres meus, rogo te*

Quiritium. Aujourd'hui, avec les notions que nous possédons sur les actions de la loi, les méprises ne sont plus permises sur le caractère général de cet acte. Une infinité de raisons prouvent que la manumission par la vindicte était une fiction de la *causa liberalis*. On justifie ainsi de la manière la plus satisfaisante comment on fut amené à se passer de l'inscription sur le cens; de plus on cite à l'appui plus d'un exemple de fictions pareilles. Voulait-on donner à quelqu'un la propriété romaine d'une chose qui ne lui appartenait pas, on représentait devant le préteur un procès. Celui à qui on voulait donner feignait de vendiquer la chose, le maître ne contestait pas; et le magistrat, comme rendant sa décision, donnait gain de cause à celui qui avait vendiqué (GAIUS. 2. § 24. — ULP. *Reg.* tit. 19. § 9 et suiv.). Cette procédure se nommait *in jure cessio*. Voulait-on donner son fils en adoption à quelqu'un, ce dernier, après les formalités nécessaires pour détruire la puissance paternelle du père, vendiquait le fils, devant le magistrat, comme sien; le père ne contestait pas, et le préteur attribuait le fils au vendiquant (AUL. GEL. 5. 19). C'était une application spéciale de l'*in jure cessio*. La manumission par la vindicte en était une autre. — C'est ainsi que s'en explique, fort exactement, BOETHIUS, dans ses notes sur les Topiques de Cicéron : « Erat etiam pars altera accipiendæ libertatis, quæ vindicta vocabatur. Vindicta vero est virgula quædam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens, eumdem servum in libertatem vindicabat, dicens quædam verba solemnia, atque ideo illa virgula vindicta vocabatur. » — D'après Tite-Live (liv. 2. § 5), l'expression *manumissio vindicta* viendrait d'un esclave nommé Vindicius, qui, le premier, aurait été affranchi de cette manière pour avoir découvert la conspiration des fils de Brutus. Théophile rapporte les deux étymologies. Nous n'hésitons pas à considérer celle de Tite-Live comme fabuleuse.

(1) D. 40. 2. 23. f. Hermog. — (2) D. 40. 2. 8. f. Ulp.

ut Saccum, vicini mei servum, manumittas; fidei committo heredis mei ut iste eum servum manumittat » (1). Les différences entre ces deux modes étaient grandes. La liberté directe ne pouvait être donnée par le testateur qu'à son esclave (2), la liberté fidéicommissaire même à l'esclave d'autrui (3), l'héritier était chargé de l'acheter et de l'affranchir : l'esclave affranchi directement était libre de plein droit, du moment qu'il y avait un héritier (4); l'esclave affranchi par fidéicommis ne devenait libre que lorsque l'héritier ou la personne chargée du fidéicommis l'affranchissait : le premier était affranchi du défunt; on le nommait *libertus orcinus*, parce que son patron était chez les morts (*ad orca*); la famille de ce dernier était investie, selon le droit ordinaire, de la partie des droits de patronage qui devaient lui revenir (5); le second avait pour patron celui qui avait été chargé de l'affranchir (6). — On pouvait aussi, par testament, donner la liberté sous condition, ou à partir d'un certain jour (*sub conditione, a die*) mais non jusqu'à un certain jour (*ad diem*) (7); l'esclave ainsi affranchi : Que Pamphile soit libre pendant dix ans, l'eût été pour toujours. La raison en est sensible : la qualité d'homme libre et de citoyen ne peut s'acquérir pour un moment et se perdre sans motif postérieur.

60. Manumission dans les églises (*in sacrosanctis ecclesiis*). Nous trouvons au Code, sur ce mode d'affranchissement, deux constitutions rendues l'une en 316 et l'autre en 321 de J. C., lorsque Constantin partageait encore l'empire avec Licinius, et qu'il commençait à protéger la religion chrétienne, époque où déjà, depuis près d'un siècle, le cens n'avait plus eu lieu. Cette manumission se faisait devant les évêques en présence du peuple; on la constatait par un acte quelconque que signait le pontife (8). Il paraît qu'on choisissait ordinairement pour cette formalité un jour de fête solennelle, comme celle de Pâques. Cujas rapporte un pareil acte qui se trouvait gravé sur la pierre, au-dessus des portes de l'ancienne cathédrale d'Orléans, et qui se réfère à l'époque féodale du moyen âge, où cette institution s'était maintenue avec quelques modifications : *Ex beneficio S. † per Joannem episcopum et per Albertum S. † Casatum, factus est liber Lemtbertus, teste hac sancta ecclesia* (9). « Par la grâce de la sainte Croix, par le ministère de Jean, évêque, et par la volonté d'Albert, vassal de la sainte Croix, Lemtbertus, esclave de ce dernier, a reçu la liberté en présence des fidèles de cette église. »

---

(1) ULP. *Rej.* tit. 2. § 7. — (2) D. 40. 4. 35. — INST. 2. 24. 2. — (3) D. 40. 5. 31. p. f. Paul. — ULP. *Reg.* 2. 10. — (4) D. 40. 4. 11. § 2. f. Pomp. et 25 f. Ulp. — ULP. *Reg.* 1. 22. — (5) COD. 7. 6. 1. § 7. — (6) ULP. *Reg.* tit. 2. § 8. — (7) D. 40. 4. 33 et 34. f. Paul. — (8) COD. 1. 13. — (9) Cuj. *Inst.* D. JUST. notæ.

Modes privés de manumission.

61. Par lettre (*per epistolam*). Les maîtres, dit Théophile, écrivaient quelquefois à un esclave qui se trouvait loin d'eux, qu'ils lui permettaient de vivre en liberté. C'est là l'origine de l'affranchissement *per epistolam*. Justinien exigea que la lettre ou l'écrit qui contenait la manumission fût signé de cinq témoins (1).

Entre amis (*inter amicos*). La déclaration du maître, faite devant ses amis, mettait l'esclave en liberté. Justinien fixa le nombre des témoins présents à cinq. On dressait un acte dans lequel ils attestaient avoir entendu la déclaration (2).

Par codicille (*per codicillum*). Le codicille est un acte sans solennité, dans lequel on pouvait exprimer ses dernières volontés relativement aux dons, legs et autres dispositions particulières dont on chargeait l'héritier. Théodose exigea que le codicille fût signé de cinq témoins (3). On pouvait affranchir dans cet acte; et c'est à ce mode de manumission que font allusion les expressions de notre texte, *Per quamlibet aliam ultimam voluntatem*.

62. Il était encore plusieurs autres modes exprimés dans une constitution de Justinien (4); les voici : Si un maître a chassé et abandonné sans secours son esclave dangereusement malade, ou bien s'il a prostitué une esclave, vendue sous condition qu'elle ne le serait pas, l'esclave devient libre sans patron. — Si l'esclave, d'après la volonté du défunt ou de son héritier, a précédé le convoi de son maître portant le bonnet de la liberté, il sera libre, afin que le maître ne se soit point donné avec ostentation le faux mérite d'un affranchissement simulé. — Si, après avoir plaidé contre un homme, et l'avoir fait déclarer son esclave, on reçoit de quelqu'un le prix qu'il vaut. — Si le maître a marié à un homme libre une femme esclave en lui constituant une dot. — S'il a, dans un acte public, donné à son esclave le nom de son fils. — Si, en présence de cinq témoins, il lui a remis ou s'il a déchiré les titres constatant sa servitude. — On avait bien autrefois quelques autres moyens d'affranchir sans solennité : par exemple, lorsque le maître faisait asseoir l'esclave à sa table en signe de liberté (*per convivium, per mensam, inter epulas*); mais Justinien n'a sanctionné que les modes que nous venons de rapporter, et quelques autres indirects que nous aurons occasion de voir (5).

II. Servi autem a dominis semper manumitti solent : adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor, aut præses, aut proconsul in balneum, vel in theatrum eunt.

2. Il est d'usage que les maîtres puissent toujours affranchir leurs esclaves; ils le font même au passage, par exemple, quand le préteur, le proconsul ou le président vont au bain ou au théâtre.

III. Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat. Nam qui manu-

3. Les affranchis pouvaient précédemment se trouver dans trois états

(1) Cod. 7. 6. 1. § 1. — (2) Cod. 7. 6. 1. § 2. — (3) Cod. 6. 36. 8. § 3. — (4) Cod. 7. 6. 1. §§ 3 à 12. — (5) Cod. 7. 6. 1. § 12.

mittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives Romani; modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia in dedititiorum numero. Sed dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit; Latinorum vero nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, et in pristinum statum reduxit; quia et in primis urbis Romæ cunabilis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus, inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, et omnem quæ circa eos fuerat observantiam, alia constitutione, per ejusdem quæstoris suggestionem, correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos, nullo nec ætatis manumissi nec dominii manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicut jam antea observabatur, civitati romanæ donavimus; multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate romana, quæ sola est in præsenti, præstari.

différents. Car tantôt ils acquéraient une liberté entière et légitime, et devenaient citoyens romains; tantôt une liberté moindre, et d'après la loi Julia Norbana, ils étaient Latins; tantôt une liberté infime, et, par la loi Ælia Sentia, ils étaient au nombre des déditices. Mais déjà, depuis longtemps, les derniers de ces affranchis, les déditices ont disparu de l'usage; le titre de Latin était rare; aussi, désirant tout compléter et tout améliorer, notre humanité a corrigé ce point en le ramenant à son premier état. En effet, dès le berceau de Rome, la liberté était une, la même pour l'affranchi que pour l'affranchissant, si ce n'est que ce dernier était ingénu, l'autre affranchi. En conséquence, en promulguant, sur l'avis de l'illustre Tribonien, questeur, nos décisions qui ont éteint les discussions de l'ancien droit, nous y avons compris une constitution qui supprime les déditices. De même nous avons, à l'instigation du même questeur, effacé les Latins Juniens et tout ce qui les concernait, par une autre constitution qui brille parmi les lois impériales. Tous les affranchis, sans établir, comme autrefois, de différence selon leur âge, le genre de propriété de l'affranchissant ou le mode de manumission, nous les avons rendus citoyens romains, en ajoutant plusieurs moyens nouveaux de donner à un esclave la liberté jointe aux droits de cité, la seule qui existe aujourd'hui.

63. Primitivement la liberté était une et indivisible. Tout affranchissement produisait deux effets : 1° Le maître renonçait à ses pouvoirs de propriétaire; 2° les droits de cité étaient accordés à l'esclave. Par une conséquence naturelle, il fallait donc : 1° que le maître fût propriétaire de l'esclave d'après le droit civil (*dominus ex jure Quiritium*); 2° que la cité intervînt pour consentir à l'affranchissement, c'était ce qui avait lieu dans les manumissions *censu, vindicta, testamento*. Si celui qui affranchissait n'était pas propriétaire d'après le droit civil, et ne faisait que posséder l'esclave dans ses biens (*in bonis*), ou bien si l'affranchissement était fait sans solennité, l'esclave ne devenait pas libre; mais, d'après la volonté de l'affranchissant, il vivait en liberté (*in libertate morabatur*), il était délivré seulement de la peine de servir (*tantum serviendi metu liberabatur*); restant toujours esclave de droit, tout ce qu'il acquérait était à son maître; celui-ci même aurait pu, d'après le droit civil, le faire rentrer sous sa puissance ; mais le préteur s'y opposait, et seulement le maître venait, à la

mort de l'esclave, prendre, comme propriétaire, tout ce que celui-ci laissait (1).

64. La loi Ælia Sentia, rendue en 757, sous Auguste, apporta plusieurs modifications aux affranchissements, entre autres celles que voici : elle exigea, pour que l'esclave affranchi devînt libre et citoyen, qu'il eût trente ans, à moins qu'on ne l'affranchît par la vindicte, après en avoir fait approuver le motif par un conseil (*apud consilium justa causa approbata*) (2). De plus elle décida que les esclaves qui, pendant leur servitude, avaient été jetés dans les fers, marqués d'un fer chaud, mis à la question pour un crime dont ils étaient restés convaincus (*si in ea noxa fuisse convicti sint*), ou livrés pour les combats du cirque (3), ne pourraient plus, même lorsqu'ils réuniraient dans leur affranchissement les trois conditions voulues, acquérir les droits de citoyen, et seraient assimilés aux déditices. On nommait ainsi des peuples qui, jadis, ayant pris les armes contre Rome, après avoir été vaincus, s'étaient rendus à discrétion (*qui quondam adversus populum romanum, armis susceptis, pugnaverunt, et deinde victi se dederunt*) (4); Tite-Live (1, 38; et 7, 31) nous donne des exemples avec la formule de pareilles redditions (tom. I, *Hist.* n° 79). Il y eut dès lors deux classes d'affranchis, les citoyens, les déditices; quant aux esclaves *qui in libertate morabantur*, on ne pouvait encore les compter comme affranchis.

65. Mais la loi Junia Norbana, que l'on croit rendue en 772, sous Tibère (5), fit de ces derniers une troisième classe qui fut assimilée, pour les droits, aux Romains conduits et incorporés dans des colonies latines, et ces affranchis furent nommés *Latins Juniens*; Latins, à cause de leur position; Juniens, à cause de la loi. « Latinos ideo, *nous dit Gaius*, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini colonarii esse cœperunt; Junianos ideo, quia per legem Juniam liberi facti sunt, etiamsi non cives Romani (6). » (Voir sur les diverses colonies, ci-dess. tom. I, *Hist. du Dr. rom.*, n°s 186 et suiv.).

(1) Veteris juriscons. frag. de manum. §§ 6 et 7. — (2) G. 1. §§ 18. 19. — (3) G. 1. § 13. — PAUL. *Sent.* 4. tit. 12. § 3. — (4) G. 1. § 14. — THÉOPH. h. t. — (5) Il faut avouer que plusieurs raisons, et, entre autres, quelques phrases de Gaius et d'Ulpien, pourraient faire penser que, lors de la loi *Ælia Sentia*, la classe des affranchis latins était déjà admise, et que par conséquent la loi *Julia Norbana* est antérieure à la loi *Ælia Sentia*. Cependant ces phrases s'expliquent par les réflexions suivantes : la loi *Ælia Sentia*, portant quelques prohibitions nouvelles aux affranchissements, empêcha dans certains cas que l'esclave affranchi ne devînt citoyen (*non voluit manumissos cives romanos fieri*. G. 1. § 18); elle l'assimila à celui qui vivait en liberté d'après la volonté de son maître (*perinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate esset*. ULP. *Reg.* tit. 1. § 12). Enfin, la loi *Junia* vint, et dès lors cet esclave fut Latin Junien (*ideoque fit Latinus*. Ibid.). Si Gaius et Ulpien réunissent quelquefois ces conséquences, c'est qu'ils écrivent postérieurement aux deux lois, à une époque où leurs dispositions étaient en vigueur ensemble et se réunissaient. — (6) GAIUS. 3. § 56. — Voir aussi 1. § 22, et Veter. Jur. frag. § 8.

66. On compta alors trois classes d'affranchis : 1° les affranchis citoyens dans l'affranchissement desquels concouraient ces trois choses : que l'esclave eût trente ans, que le maître eût le domaine du droit civil, que le mode de manumission fût l'un des trois modes publics reconnus par le droit ; 2° les déditices qui avaient été, pendant leur esclavage, frappés de certaines peines ou mis à la torture pour un crime par eux commis ; 3° les Latins Juniens qui n'avaient commis aucun crime, mais à l'affranchissement desquels manquait une des trois circonstances dont nous venons de parler.

Les affranchis citoyens jouissaient de tous les droits civils, sauf les différences résultant de ce qu'ils n'étaient pas ingénus.

Les déditices ne jouissaient que de la liberté et des droits naturels accordés jadis aux peuples auxquels on les avait assimilés. Ils ne pouvaient acquérir que par les moyens permis aux étrangers ; ils ne pouvaient faire de testament ; ils ne pouvaient demeurer à Rome ou dans un rayon de cent milles, sous peine d'être vendus publiquement, eux et leurs biens ; il ne leur était ouvert aucun moyen de changer d'état et de devenir citoyens (1) ; enfin, à leur mort, le maître venait prendre leurs biens par droit de succession, s'ils avaient été affranchis publiquement avec toutes les conditions voulues ; sinon par droit de pécule et comme étant toujours resté propriétaire (2).

Les Latins Juniens n'avaient pas les droits de citoyen romain. Dans l'ordre politique, les droits de suffrage, l'aptitude aux fonctions publiques leur étaient refusés ; dans l'ordre privé, ils avaient le *commercium*, ou droit d'acheter et de vendre, même par *mancipation* (3) ; la *faction de testament*, en ce sens qu'ils pouvaient concourir à la confection *per æs et libram* de cet acte, en qualité de *emptor familiæ*, *libripens* ou *testis* (4) ; mais ils ne pouvaient faire leur propre testament, ni être nommés tuteurs testamentaires (5) ; et le droit de recueillir l'hérédité ou les legs qui leur auraient été laissés directement (ce qu'on nommait le *jus capiendi*) leur était refusé, tandis qu'ils étaient admis à recueillir des fidéicommis (6). A leur mort, leurs maîtres continuèrent toujours à prendre les biens qu'ils laissaient, comme s'ils n'avaient pas cessé d'être esclaves : ce qui fait dire, dans les Instituts, qu'à leur dernier soupir ils perdaient à la fois la vie et la liberté : « *In ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant* » (7). Mais un Latin pouvait, de plusieurs manières, passer à l'état de citoyen (8) : *beneficio principali*, si l'empereur, par un rescrit, lui accordait cette faveur ; *liberis*, si, ayant contracté mariage et ayant un enfant, il

(1) Gaius. 1. §§ 25. 26. 27. — (2) Gaius. 3. §§ 74. 75. 76. — (3) Ulp. 19. §§ 4 et 5. — (4) Ulp. 20. § 8. — (5) Gai. 1. § 23. — Ulp. 20. § 14. — (6) Voir sur tous ces points les textes cités au tome I, *Hist.*, p. 164, note 1 ; et Gaius. 2. § 275. — Ulp. *Reg.* tit. 25. § 7. — (7) Inst. 3. 7. 4. — Gaius. 3. § 56 et suiv. — (8) Gaius. 1. § 28 et suiv. — Ulp. *Reg.* tit. 3. 1. et suiv.

se présentait devant le préteur ou le président de la province, et prouvait ce fait (*causam probare*) : il devenait citoyen, ainsi que sa femme et son enfant s'ils ne l'étaient pas (1) ; *iteratione*, s'il était affranchi de nouveau avec toutes les conditions qui manquaient à son premier affranchissement ; enfin, de bien d'autres manières qu'Ulpien désigne par ces mots : *militia, nave, ædificio, pistrino*, et qui consistent à avoir servi pendant un certain temps dans les gardes de Rome ; construit un navire et transporté six ans du blé ; élevé un édifice ; établi une boulangerie.

67. Telles sont les trois classes d'affranchis que Justinien réduisit à une seule (2), en accordant à tous les droits de cité, sans distinguer si l'esclave avait trente ans, si le maître avait le domaine de citoyen (3), si le mode d'affranchissement était solennel (*nullo nec ætatis manumissi, nec dominii manumittentis, nec in modo manumissionis discrimine habito*). Il arriva ainsi qu'un esclave put par l'acte particulier du maître, sans l'intervention de la cité, devenir citoyen ; mais, nous l'avons déjà dit, quelle différence entre la valeur de ce titre à Constantinople et le prix qu'il avait jadis à Rome !

TITULUS VI.	TITRE VI.
QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.	PAR QUI ET POUR QUELLES CAUSES LES MANUMISSIONS NE PEUVENT ÊTRE FAITES.

68. Au sein de la république romaine, les restrictions à la faculté d'affranchir n'étaient point apportées par les lois ; elles l'étaient par les mœurs et par la force des choses. Quand les esclaves, à cause de leur grande quantité, devinrent moins chers, quand le titre de citoyen, étendu sur un plus grand nombre de sujets, dépouillé par le despotisme naissant des droits qui y étaient attachés, devint moins précieux, alors les affranchissements se multiplièrent. Ce fut au milieu des troubles qui amenèrent l'extinction de la république que les plus graves abus se firent sentir. On affranchissait pour grossir le nombre de ses partisans ; quelquefois pour que l'esclave, devenu citoyen, reçût sa part dans les distributions gratuites ; souvent, au moment de la mort, pour qu'un long cortége, coiffé du bonnet de la liberté, suivît le char funéraire, attestant la richesse et la générosité du défunt (tom. I, *Hist.*, n° 379). Auguste, qui

(1) Ce mode avait été introduit par la loi Ælia Sentia, seulement pour ceux qui ayant moins de trente ans lors de leur affranchissement, n'étaient pas devenus libres et citoyens. Un sénatus-consulte, par la suite, l'étendit à tous les affranchis latins. Voy. *Gaius, loc. cit.* — Ulpien attribue cette disposition à la loi *Junia*; d'où il faut conclure tout au plus que la loi Junia confirma ce qu'avait décidé la loi Ælia Sentia. — (2) Cod. 7. tit. 5 et 6. — (3) Du reste, nous aurons occasion de dire que Justinien ne mit plus aucune différence entre le domaine de citoyen, nommé *dominium ex jure Quiritium*, et la propriété du droit des gens. (V. ci-dess., tome I, *Hist. du droit*, n° 478.)

cherchait à asseoir solidement son pouvoir en ramenant la tranquillité et en détruisant les excès, crut devoir combattre les mœurs par des lois, et mettre des bornes aux affranchissements. Telles sont les causes qui donnèrent naissance à la loi *Ælia Sentia* et à la loi *Furia Caninia*. A l'époque de Justinien, l'esprit général des sujets et du gouvernement était bien changé : le titre de citoyen avait perdu toute sa valeur; le caractère de l'ancienne république, qui restait encore sous Auguste, était effacé; les mœurs et les lois étaient parvenues, sur divers points, à des règles communes de droit naturel et d'humanité, et l'empereur cherchait à favoriser en tout les affranchissements. Les lois *Ælia Sentia* et *Furia Caninia* durent être abrogées ou modifiées. Les Instituts examinent la première dans ce titre, la seconde dans le titre suivant.

69. C'est Suétone qui nous apprend que la loi *Ælia Sentia* fut portée par Auguste (1) ; et comme les fastes consulaires nous présentent S. Ælius Cato et C. Sentius Saturnius, consuls en 757 de Rome, nous pouvons la placer à cette époque.

Cette loi eut une grande importance dans la législation ; tous les jurisconsultes romains s'en occupèrent beaucoup : elle contenait plusieurs dispositions nouvelles. Les plus connues sont : 1° celle qui défendait d'affranchir un esclave âgé de moins de trente ans, si ce n'était par la vindicte, avec l'approbation du conseil; 2° celle qui créait la nouvelle classe des affranchis déditices; 3° celle qui prohibait les affranchissements faits en fraude des créanciers; 4° celle qui défendait que le maître, mineur de vingt ans, pût affranchir autrement que par la vindicte et avec l'approbation du conseil (2). Nous avons déjà examiné les deux premiers chefs : ce titre est consacré aux deux derniers.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet; nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

Il n'est cependant pas libre à chacun d'affranchir quand il le veut; car si l'affranchissement est fait en fraude des créanciers, il est nul, parce que la loi Ælia Sentia met obstacle à la liberté.

70. Tout ce qui est relatif à cette disposition a été maintenu. Voyons d'abord ce que c'est qu'affranchir en fraude des créanciers. Supposez qu'un homme doive à quelqu'un un de ses esclaves, parce qu'il le lui a vendu, parce qu'il s'est obligé par stipulation à le lui livrer, ou pour toute autre cause; ou bien supposez que cet esclave ait été donné en gage pour sûreté d'une dette, il est évident qu'en l'affranchissant, le maître porterait préjudice au créancier à qui il est dû ou livré en gage. Il en serait de même si un homme, n'ayant pas assez de bien pour acquitter toutes ses dettes, affranchissait des esclaves : parce qu'il augmenterait par là son insolvabilité; ou même si, ayant de quoi payer tous ses

(1) Suet. *August.* c. 40. — (2) Ulp. *Reg.* tit. 1. §§ 11. 12. 13.

créanciers, il devait par l'affranchissement se trouver hors d'état de le faire. — Dans tous ces cas, il y aurait préjudice; mais pour qu'il y eût fraude, on exigeait une seconde condition, c'est que le débiteur affranchissant fût de mauvaise foi et connût le préjudice qu'il faisait. Nous pouvons donc conclure qu'un maître affranchit en fraude des créanciers toutes les fois que, réunissant le fait à l'intention, il se met sciemment, par la manumission, hors d'état de payer ses dettes, ou bien qu'il augmente son insolvabilité. Nous savons du reste que, par créancier, on entend toute personne à qui il est dû, pour quelque cause que ce soit : « *Creditores appellantur, quibus quacumque ex causa actio cum fraudatore competat* » (1).

71. Voyons maintenant quelles étaient les conséquences de cette fraude. L'affranchissement ne produisait aucun effet, et l'esclave ne devenait pas libre. Une infinité de textes le prouvent jusqu'à l'évidence : *Nihil agit; lex impedit libertatem*, disent les Instituts; *libertas non competit* (2); *ad libertatem non veniunt* (3); *non esse manumissione liberum factum* (4). En effet, il était de principe chez les Romains que la liberté, une fois donnée, ne pouvait plus être révoquée (5); la loi Ælia Sentia, pour ne pas violer ce principe, devait donc empêcher que la liberté fût acquise. Il ne faut pas croire cependant que la nullité eût lieu de plein droit, et que l'esclave, après la manumission, continuât à rester en servitude; il commençait souvent à vivre de fait en liberté, mais les créanciers pouvaient attaquer l'affranchissement, prouver la fraude et faire déclarer, en conséquence, que l'esclave n'avait pas cessé de l'être.

72. Il pouvait arriver qu'ils perdissent leur action, et que l'esclave devînt réellement libre, par exemple si postérieurement ils avaient été payés (6), ou si quelqu'un, pour conserver les affranchissements, s'engageait à acquitter toutes les dettes (7), parce qu'alors ils n'avaient plus d'intérêt; et même un jurisconsulte, Ariston, dont l'avis est consacré au Digeste, décide que si l'affranchissement a été fait en fraude du fisc, et que le fisc ne réclame pas dans les dix ans, la manumission ne pourra plus être attaquée (8). Du reste, il est inutile de dire que le maître ne pouvait jamais argumenter de sa propre fraude pour faire annuler lui-même l'affranchissement (9). — Si le débiteur a fait plusieurs affranchissements, la nullité ne commence qu'à ceux qui l'ont rendu insolvable; ainsi les derniers affranchis, nécessaires pour le payement des dettes, sont les seuls qui restent esclaves : toutefois, dans le cas de libertés testamentaires ou fidéicommissaires, cette règle n'est pas absolue, et quelques

(1) D. 40. 9. *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt, et ad legem Æliam Sentiam*, 16. § 2. f. Paul. — (2) D. 40. 9. 5. pr. f. Jul. — (3) Ib. 11. pr. f. Marc. — (4) Ib. 26. f. Scæv. — (5) Inst. 3. 11. § 5. — (6) D. 40. 9. 26. f. Scæv. — C. 7. 8. 5. — (7) Inst. 3. 11. § 6. — (8) D. 40. 9. 16. § 3. f. Paul. — (9) C. 7. 8. 5.

autres considérations pourraient la faire fléchir (1). — Si la dette est conditionnelle, l'état des esclaves affranchis est en suspens jusqu'à l'accomplissement de la condition (2).

1. Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat, heresque ei *solus et necessarius;* si modo ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit : aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is qui scriptus est, qualibet ex causa, heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

1. Mais un maître insolvable peut, dans son testament, donner à son esclave la liberté et l'hérédité, afin qu'il devienne libre et son héritier *unique et nécessaire;* pourvu toutefois qu'en vertu de ce testament il n'y ait pas d'autre héritier, soit parce que personne autre n'a été institué, soit parce que l'institué, pour une cause quelconque, n'est pas devenu héritier. C'est ce que la loi Ælia Sentia a décidé avec raison; car il était indispensable de pourvoir à ce que les personnes en mauvaise fortune, qui ne trouveraient pas d'autre successeur, eussent du moins pour héritier nécessaire leur esclave, afin qu'il satisfît aux créanciers, ou que, s'il ne le faisait pas, ces derniers, vendant les biens de la succession sous le nom de cet esclave, la mémoire du défunt ne reçût aucune injure.

73. *Solus et necessarius*. Il faut, pour bien entendre ce paragraphe, connaître deux particularités de mœurs et de droit. La première, c'est que lorsqu'un citoyen mourait laissant une succession insolvable, et n'ayant point d'héritier, les créanciers se faisaient envoyer en possession de l'hérédité et la vendaient sous le nom du défunt, puisque ce dernier n'avait été remplacé par personne. Ainsi, il était, même après sa mort et sous son propre nom, constitué en un état de faillite injurieux pour sa mémoire. Les Romains avaient fort à cœur d'éviter cette honte (3). La seconde, c'est qu'un esclave, institué héritier par son maître, était forcé, bon gré mal gré, de recevoir cette hérédité : on le nommait héritier nécessaire (*heres necessarius*) (4). De là il arrivait qu'un maître, ayant une succession misérable, et prévoyant que personne ne voudrait l'accepter, nommait son esclave pour héritier nécessaire. La loi Ælia Sentia, se conformant aux mœurs générales, et ne voulant pas priver le débiteur insolvable d'un héritier, fit exception pour ce cas à ses prohibitions principales, et statua que l'esclave ainsi affranchi deviendrait libre, citoyen et héritier, sans examiner s'il avait moins de trente ans; si, pendant son esclavage, il avait été puni pour ses délits, ou si son affranchissement nuisait aux créanciers. Cette dernière partie est la seule, sous Justinien, qui puisse encore recevoir son application. Elle est conservée avec d'autant plus de raison que, dans ce cas, l'intention du débiteur

(1) D. 40. 9. 24. f. Terent.—28. 5. *De hered. instit.* 55. f. Paul.—40. 5. *De fideic. libert.* 24. § 17. f. Ulp.—(2) Dig. 40. 9. 16. § 4. f. Paul.—(3) Théoph. hoc §. — (4) Inst. 2. 19. 1.

n'est pas de nuire à ses créanciers, elle est de se donner un héritier. Mais il fallait qu'il n'y eût en vertu du testament aucun autre héritier, sinon il n'eût pas été nécessaire, pour éviter la honte au défunt, que l'esclave héritât : aussi le maître ne pouvait-il affranchir ainsi qu'un seul esclave; s'il en affranchissait plusieurs, c'était le premier inscrit qui seul était libre et héritier (1). On voit très-bien, d'après ces explications, d'où venait à cet affranchi le nom de *solus et necessarius heres*. (V. tom. III, n° 1166.)

II. Idemque juris est, etsi sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur; cum non est verisimile eum quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

2. Il en est de même, bien qu'on ait institué l'esclave sans dire qu'on l'affranchit. Car, dans une constitution dictée par un nouveau motif d'humanité, nous avons ordonné, non-seulement pour les maîtres insolvables, mais pour tous, que par cela seul qu'un esclave sera institué héritier, il sera libre; il n'est pas vraisemblable en effet que le maître, choisissant un esclave pour son héritier, ait, en oubliant de l'affranchir, voulu le laisser en servitude et n'avoir point de successeur.

74. C'était une question controversée par les anciens jurisconsultes, que de savoir si l'institution d'un esclave était valable quand on n'avait pas déclaré qu'on l'affranchissait. Nous trouvons un passage d'Ulpien qui décide qu'elle ne doit pas valoir (2); mais Justinien, résolvant la question dans une de ses cinquante décisions, ordonna en faveur de la liberté, et parce qu'il faut prendre pour guide la volonté du défunt, que par cela seul l'esclave serait affranchi (3).

III. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui, vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant. Sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus.

3. Celui-là affranchit en fraude des créanciers, qui, au moment où il affranchit, est déjà insolvable, ou qui, par là, doit le devenir. Mais il a prévalu que, s'il n'a pas, de plus, l'intention de frauder, la liberté sera acquise aux esclaves, quoique les biens soient insuffisants pour les créanciers. Souvent, en effet, l'homme attend de sa fortune plus de ressource qu'elle n'en peut offrir. L'affranchissement n'est donc considéré comme nul que lorsque les créanciers sont fraudés doublement, c'est-à-dire, et par l'intention de celui qui affranchit, et par le fait même, les biens ne pouvant suffire à toutes les dettes.

75. C'est un principe que, toutes les fois qu'il s'agit de prononcer qu'un acte est frauduleux, il faut examiner non-seulement le fait, mais encore l'intention : « *Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque*

(1) Ulp. *Reg.* 1. § 14. — (2) Ulp. *Reg.* tit. 22. § 12. — (3) C. 6. 27. 5.

desideratur. » (1). C'est cette maxime générale que l'on applique ici à l'affranchissement fait au préjudice des créanciers. Cependant l'opinion consacrée par les Instituts n'avait pas toujours été universellement reconnue; mais c'était celle de la grande majorité des jurisconsultes; aussi Justinien dit-il, *il a prévalu.* Théophile donne plusieurs exemples, dans lesquels il y a tantôt l'intention sans le fait, tantôt le fait sans l'intention. Il n'est pas difficile d'en trouver. Ainsi, un maître affranchit un esclave, ignorant qu'une maison qu'il possède à Constantinople vient de brûler, et que cette perte l'a rendu insolvable; l'esclave néanmoins sera libre parce qu'il n'y a pas *consilium.* Il en sera de même si un débiteur insolvable a dit dans son testament : « Si l'on paye à mes créanciers tout ce qui leur est dû, que Stichus devienne libre (2). » Dans ce dernier cas, il est vrai, l'affranchissement ne sera que conditionnel.

Il n'est pas inutile de remarquer que, d'après un sénatus-consulte fait sous Adrien, cette disposition de la loi Ælia Sentia s'appliquait aux débiteurs *peregrini,* qui ne pouvaient affranchir en fraude des créanciers. C'est ce que nous apprend Gaius dans ses Instituts (3).

IV. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, *apud consilium* justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.

4. D'après la même loi Ælia Sentia, le maître, mineur de vingt ans (4), ne peut affranchir autrement que par la vindicte, après avoir fait approuver par le conseil une cause légitime d'affranchissement.

76. Cette disposition est conservée par Justinien pour les affranchissements entre vifs.

La loi Ælia Sentia exigeait, dans deux cas, que l'affranchissement fût fait par la vindicte avec l'approbation du conseil. Nous avons déjà vu le premier, si l'esclave qu'on voulait affranchir avait moins de trente ans (5); voici le second, si le maître affranchissant en avait moins de vingt. — On exigeait l'approbation du conseil, parce que le maître, à cet âge, n'avait pas assez de discernement et aurait pu donner la liberté inconsidérément. — On exigeait un mode spécial d'affranchissement, probablement pour qu'il y eût plus de régularité, et que ce mode unique fût plus facilement sous

(1) D. 50. 17. 79. f. Papin. — (2) D. 40. 9. 5. § 1. — 40. 4. 57. — (3) Gaius. 1. § 47.

(4) Ces mots de *major, minor,* n'ont point par eux-mêmes un sens absolu. Ce ne sont que des expressions de comparaison qui demandent nécessairement après elles le terme de la comparaison : majeur, mineur de quatorze ans; majeur, mineur de vingt ans; majeur, mineur de vingt-cinq ans, etc. Si, dans notre droit français, nous avons transformé en substantifs les mots de *majeur* et *mineur,* ce n'est que par une convention qu'il faut bien se garder de transporter en droit romain, où elle n'existait pas. Cependant les jurisconsultes romains emploient quelquefois, quoique rarement, ces expressions isolées; et alors elles se rapportent toujours à l'âge de vingt-cinq ans. — (5) Gaius. 1. § 18.

la surveillance de l'autorité. — On avait choisi la vindicte, parce qu'à cette époque les trois modes publics, par le cens, par testament, par la vindicte, étaient les seuls qui donnassent la liberté et la cité ; or, on ne pouvait prendre le premier, qui ne se présentait que tous les cinq ans, ni le second, qui ne produisait d'effet qu'au moment de la mort (1).

Apud consilium. Il était certaines époques consacrées spécialement à l'administration de la justice, durant lesquelles des espèces de *sessions* ou *assises*, nommées *conventus*, étaient tenues à Rome par le magistrat (les préteurs) ; et dans les provinces par les gouverneurs (proconsuls, propréteurs ou préfets) qui se transportaient, à cet effet, dans les principales villes. A Rome et par suite à Constantinople, certains jours de la session étaient consacrés à la réunion du conseil dont il s'agit ici : ce conseil se composait du préteur, de cinq sénateurs et de cinq chevaliers. Dans les provinces,

---

(1) Gaius, sur ce sujet, s'exprime ainsi : *Minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis approbata fuerit.* (GAIUS. 1. § 38). Le mot *vindicta*, placé tel qu'il est là, n'offre aucun sens. Aussi quelques auteurs le suppriment, et disent simplement que le mineur de vingt ans ne peut affranchir qu'avec approbation ; d'autres, d'après M. Niebuhr, le transposant, lisent ainsi : *Non aliter vindicta manumittere permittitur, quam si...* etc., et en concluent que le mineur ne peut affranchir par la vindicte qu'avec approbation. Ces deux opinions sont contraires toutes deux aux Instituts. Elles ne me paraissent pas pouvoir être admises. En effet, la loi Ælia Sentia voulait borner les affranchissements; en exigeant dans certains cas l'approbation du conseil, il était dans son esprit de fixer aussi un seul mode déterminé de manumission qui fût sous la surveillance de l'autorité ; nous avons prouvé qu'on n'en pouvait choisir d'autre que la vindicte. Il est certain que, pour l'affranchissement d'un esclave mineur de trente ans, on exigeait ce mode spécial et l'approbation du conseil (GAIUS. 1. § 18. — ULP. *Reg.* 1. § 12). L'analogie seule suffirait pour faire conclure qu'il en était de même pour la manumission faite par un maître mineur de vingt ans, mais les Instituts le disent formellement ; Gaius le dit aussi. Il est vrai que sa phrase est un peu altérée ; mais, au lieu d'y supprimer le mot *vindicta*, au lieu de faire la transposition de M. Niebuhr, ou d'autres qui ont été encore proposées, j'en ferais une bien plus simple, que voici : *Non aliter manumittere permittitur quam vindicta, si apud consilium...* etc., et ceci est confirmé complétement par ce que dit plus bas Gaius : « Un mode spécial de manumission ayant été établi pour les maîtres mineurs de vingt ans, il suit de là qu'ils ne peuvent affranchir par testament » (GAIUS, 1. § 40). Quant au § 41, dans lequel Gaius dit que le mineur, bien qu'il ne veuille faire qu'un affranchi latin, est encore obligé de demander l'approbation, et qu'il peut alors affranchir *entre amis*, je ne vois là aucune contradiction à ce que nous avons dit plus haut. Pour affranchir réellement son esclave et le rendre citoyen, il ne pouvait employer que la vindicte ; mais, pour le mettre en liberté sans la qualité de citoyen, il pouvait affranchir entre amis. De même, pour rendre libre et citoyen un esclave mineur de trente ans, il fallait la vindicte et l'approbation ; mais, par testament, on pouvait de fait le mettre en liberté sans le droit de cité (ULP. *Reg.* 1. § 12). Il ne resterait plus qu'une seule considération, trop peu concluante pour détruire celles que nous venons d'exposer : c'est que Théophile, Ulpien et l'ancien jurisconsulte dont on a un fragment sur les manumissions, en traitant cette matière, ne parlent nullement de vindicte (THEOPH. hoc §. — ULP. *Reg.* 1. § 13. — Fragm. vet. Jur.).

il se réunissait le dernier jour de la session (1); il était formé de vingt récupérateurs (tom. I, *Histoire du droit*, n° 164).

V. Justæ autem manumissionis causæ hæc sunt : *veluti*, si quis *patrem aut matrem*, filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, educatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum, *procuratoris habendi gratia*; aut ancillam, *matrimonii habendi causa* : dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat; et qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur.

5. Les causes légitimes d'affranchissement sont, *par exemple*, si quelqu'un veut affranchir *son père ou sa mère*, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, son précepteur, sa nourrice ou son nourricier, son nourrisson, son frère ou sa sœur de lait, ou un esclave *pour en faire son procureur*, ou une esclave *pour l'épouser*, pourvu que le mariage se fasse dans les six mois, à moins d'empêchement légal; et quant à l'esclave dont on veut faire un procureur, pourvu qu'il n'ait pas moins de dix-sept ans.

77. *Veluti*. Les causes indiquées ici ne sont que des exemples, le mot *veluti* le prouve assez. On en cite d'autres au Digeste, comme si l'esclave avait sauvé la vie ou l'honneur à son maître (2).

Patrem aut matrem. Il peut arriver de bien des manières qu'un homme libre ait sous sa puissance son père ou sa mère, sa sœur ou son frère. Voici des exemples que donne Théophile : si un fils, étant en servitude avec son père, sa mère, ses sœurs, etc., est affranchi par son maître et institué héritier, il se trouvera le propriétaire de ses parents. Si un homme ayant eu des enfants d'une esclave, a par la suite un fils légitime qui lui succède, celui-ci se trouvera avoir sous sa puissance ses frères ou sœurs naturels.

Procuratoris habendi gratia. Il faut remarquer que l'on exige dans ce cas que l'esclave ait au moins dix-sept ans. S'il était moins âgé, on ne pourrait lui remettre avec confiance la direction des affaires du patron, et d'ailleurs il ne pourrait, dans le cas où cela serait nécessaire, postuler, c'est-à-dire exposer devant le juge la demande ou la défense de son patron, car il fallait avoir dix-sept ans pour cela (3). Du reste, ce n'était pas seulement pour le charger de postuler qu'on affranchissait l'esclave : c'est, dit Théophile, afin que, devenu libre, il puisse, sans aucun obstacle, gérer les affaires. Étant esclave, il est vrai qu'il aurait bien pu administrer; mais il n'aurait pas eu, dans toute sa latitude, la capacité d'un homme libre.

Matrimonii habendi causa. Il fallait que le maître affranchît l'esclave pour l'épouser lui-même, et non pour la donner en mariage à un autre (4). Si le mariage était impossible, il ne pouvait servir de motif d'affranchissement; par exemple, si le mineur de vingt ans était castrat (5). Les femmes ne pouvaient pas être autorisées

(1) On peut voir dans la paraphrase de Théophile, sous ce paragraphe, des détails intéressants sur ce *conventus* et sur ce *consilium*, qui concordent avec ceux donnés par Gaius. 1. § 20. — (2) D. 40. 2. 9. f. Marci. — (3) D. 3. 1. 1. § 3. f. Ulp. — (4) D. 40. 9. 21. — (5) D. 40. 2. 14. § 1. f. Marci.

à affranchir pour cette raison, si ce n'est dans un cas exceptionnel (1). — La manumission, d'après un sénatus-consulte, ne pouvait avoir lieu qu'avec serment fait par le maître d'épouser l'affranchie dans les six mois (2). Jusqu'à ce que le mariage eût lieu, l'état de l'esclave était en suspens. Si les six mois s'écoulaient sans mariage, elle était censée n'avoir jamais été affranchie, à moins qu'il n'y eût un empêchement légal; par exemple, si le maître était mort, ou bien s'il avait été fait sénateur, parce qu'alors il ne pouvait plus épouser une affranchie.

VI. Semel autem causa approbata; sive vera sit, sive falsa non retractatur.

6. Vrai ou faux, le motif une fois approuvé ne se rétracte plus.

Bien qu'en général on eût la voie de l'appel contre les décisions, il n'en était pas de même ici. On pouvait, dit Marcien (3), et après lui Théophile, contester le motif devant le conseil; mais une fois approuvé, l'on ne revient plus sur l'approbation. L'affranchissement ayant eu lieu, il serait impossible de le faire révoquer en soutenant que la cause était fausse ou simulée.

VII. Cum ergo *certus modus manumittendi* minoribus viginti annis domini per legem Æliam Sentiam constitutus sit, eveniebat ut qui quatuordecim annos expleverat, licet testamentum facere, et in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset, tamen, si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, si is cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, uno servo libertatem dare non permittebatur. Quare nos similiter ei, quemadmodum alias res, *ita et servos suos* in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare. Sed cum libertas inæstimabilis res sit, et propter hoc ante XX ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat : ideo nos, mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem testamento dare servo suo concedimus, *nisi* XVII *annum impleverit*, et decimum octavum tetigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concesserit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

7. *Un mode spécial d'affranchissement* étant établi par la loi Ælia Sentia pour le maître mineur de vingt ans, il en résultait que celui qui avait quatorze ans accomplis, bien qu'il pût faire un testament, y instituer un héritier, y faire des legs, ne pouvait pas cependant, s'il avait moins de vingt ans, laisser la liberté à un esclave. Il était insoutenable que celui qui pouvait, dans son testament, disposer de toute sa fortune, ne pût faire un seul affranchissement. Aussi nous lui avons permis de disposer à son gré par testament *de ses esclaves* comme de ses autres biens, et de les affranchir. Néanmoins, comme la liberté est inappréciable, comme l'antiquité défendait, pour cette raison, de la donner avant vingt ans à un esclave, prenant en quelque sorte un milieu, nous avons permis l'affranchissement par testament au mineur de vingt ans, *pourvu qu'il ait achevé sa dix-septième année* et atteint sa dix-huitième. En effet, l'antiquité leur permettait à cet âge même de postuler pour autrui, pourquoi ne les croirait-on pas aidés d'un jugement assez sûr pour obtenir le droit de donner la liberté à leurs esclaves?

78. *Certus modus manumittendi.* De ce que le mineur de vingt ans, autorisé par le conseil, ne pouvait affranchir que par

(1) D. 40. 2. 14. §. 1. f. Marci.—(2) *Ib.* 13. f. Ulp.—(3) *Ib.* 9. § 1. f. Marci.

la vindicte, découlait en effet la conséquence qu'il ne pouvait nullement donner la liberté par testament.

Ita et servos suos. Ce motif donné par Justinien, qu'il était insoutenable qu'on ne pût disposer de ses esclaves comme de ses autres biens, n'est pas juste. Le mineur de vingt ans pouvait, même sous la loi *Ælia Sentia*, disposer par testament de ses esclaves comme de ses autres biens. Car que pouvait-il faire de ses biens? Les laisser à son héritier, les donner par legs, par fidéicommis; ne pouvait-il pas faire tout cela d'un esclave? Mais donner à cet esclave la liberté, ce n'était point là une simple disposition de sa propriété; il le rendait libre, citoyen; la cité était partie dans cet acte, et l'on pouvait, sans contradiction, le lui défendre, tandis qu'on lui permettait les aliénations. La disposition de la loi *Ælia Sentia* était conforme à l'esprit de la république, celle de Justinien à l'esprit d'humanité qui dirigea sa législation sur les affranchissements.

Nisi XVII annum impleverit. Voici une application de ce principe qu'on peut fort bien avoir la faculté d'aliéner son esclave comme ses autres biens, sans avoir celle de l'affranchir. Bien qu'on puisse tester à quatorze ans, l'empereur décide qu'on ne pourra donner la liberté par testament qu'à dix-sept. Du reste, environ huit ans après, il accorda par une novelle le droit d'affranchir dès qu'on pourrait tester : « Sancimus ut licentia sit minoribus in ipso tempore, in quo licet eis testari de alia substantia, etiam servos suos in ultimis voluntatibus manumittere. » (Nov. 119, c. 2.)

TITULUS VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam, quasi libertates impedientem, et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

TITRE VII.

DE L'ABROGATION DE LA LOI FUSIA CANINIA.

La loi Fusia Caninia (1) avait resserré dans des limites fixes la faculté d'affranchir par testament. Nous avons décidé qu'elle serait abrogée comme un obstacle, en quelque sorte odieux, mis aux affranchissements; car il était contraire à l'humanité de laisser aux vivants la liberté d'affranchir tous leurs esclaves, s'il n'existait pas d'autre empêchement, et d'enlever cette faculté aux mourants.

79. Pour les affranchissements entre-vifs, l'intérêt du maître, qui se privait d'une propriété en se privant de son esclave, répondait jusqu'à un certain point qu'il garderait des limites dans le nombre des esclaves affranchis; mais celui qui meurt, s'il ne laisse pas d'héritiers auxquels il s'intéresse, n'étant plus arrêté par un intérêt personnel, pourra libérer sans modération une grande partie de ses esclaves, par un sentiment de libéralité ou d'ostentation. C'était ce qui arrivait en effet; et chez les Romains on

(1) Les divers textes des Instituts portent *Fusia*, mais dans Gaius et dans Ulpien on lit *Furia*, ou plutôt *Fufia*. V. *Studem. apogr.*

mettait à faire suivre le convoi funèbre d'une foule d'affranchis, coiffés du bonnet de la liberté, le même orgueil que l'on met de nos jours, dans certaines villes, à le faire suivre d'une foule de pauvres que l'on a vêtus (1). La loi *Furia Caninia*, rendue quatre ans après la loi *Ælia Sentia*, en 761, sous le consulat de Furius Camille et C. Caninius Gallus (2), établit que celui qui n'aurait que deux esclaves pourrait les affranchir tous les deux; s'il en a plus de deux jusqu'à dix, la moitié; plus de dix jusqu'à trente, le tiers; plus de trente jusqu'à cent, le quart; plus de cent jusqu'à cinq cents, le cinquième; mais jamais on ne pourra par testament en libérer plus de cent. Les esclaves devront être désignés par leur nom. S'il y en a plus que la loi ne le permet, les premiers seront seuls affranchis (3). Tout ce qui sera fait en fraude de la loi sera nul. D'où on concluait que si les noms avaient été écrits en cercle afin qu'on ne pût distinguer les premiers des derniers, aucun des esclaves ne serait libéré (4). Tout cela est abrogé.

De la condition des affranchis.

80. Lors de la promulgation des Instituts, bien qu'il n'y eût plus entre les ingénus et les affranchis une ligne de démarcation aussi tranchée que sous la république de Rome, cependant la loi mettait encore quelques différences. Ainsi, par exemple, un sénateur n'aurait pu épouser une affranchie. Mais six ans après cette promulgation, an 539 de J. C., Justinien dans une novelle effaça ces différences, accorda aux affranchis le droit d'anneau d'or (5), celui de régénération (nous avons expliqué ce qu'on entendait par là, n° 52), et ne conserva que les droits de patronage (6). L'esclave devait à son patron une nouvelle vie, la vie civile; et comme il entrait dans la société seul et sans famille, on l'avait rattaché en quelque sorte à celle de l'affranchissant. Voilà d'où venaient les droits de patronage, qui se composaient de trois parties distinctes: 1° *obsequia;* 2° *operæ;* 3° *jura in bonis.* — 1° On entend par *obsequia* tout ce qui tient au respect, à la reconnaissance, à la piété que l'affranchi doit au patron. Le Digeste traite ensemble, et en les mettant sur le même rang sous ce rapport, les devoirs des affranchis envers leur patron, et ceux des enfants envers leurs

---

(1) Dion. Cas. 4. 24. — (2) Suet. *Aug.* c. 40. — (3) G. 1. § 42 et suiv. — Ulp. tit. 1. §§ 24, 25. — (4) G. 1. § 46.

(5) Il est certain que le droit de porter des anneaux, même de fer, était primitivement réservé à certaines classes de citoyens, les sénateurs, les patriciens, les chevaliers (Pline, *Hist. nat.*, 33. 1. — Tit. Liv., 23. 11). Mais ce droit se répandit, et les anneaux d'or finirent par être portés par tous les ingénus. Ils n'étaient la marque d'aucune dignité, puisque Justinien, voulant assimiler les affranchis aux ingénus, leur accorda à tous le droit d'anneau d'or : « *Qui libertatem acceperit, habebit subsequens mox et aureorum annulorum et regenerationis jus* » (Nov. 78. c. 1). Dès lors les anneaux d'or n'indiquèrent plus que la qualité d'homme libre.

(6) Nov. 78. c. 1 et 2.

ascendants (1) : « *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet* (2). « L'affranchi ne peut appeler *in jus* son patron sans en obtenir préalablement la permission du magistrat (*sine permissu prætoris*) (3). Il ne peut intenter contre lui une action infamante, ni exiger de lui au delà de ses facultés, lorsqu'il se trouve son débiteur (4). Il lui doit des aliments dans le besoin (5). Celui qui aurait insulté son patron, ou commis contre lui quelque délit, serait condamné, comme ingrat, à subir quelque peine, ou même à rentrer en servitude, selon la gravité de la faute (6). — 2° On entend par *operæ* les services que l'affranchi promettait à son patron, qu'ils consistassent en travail comme domestique, ou en travail comme ouvrier (*sive in ministerio, sive in artificio consistant*). Mais ces services n'étaient pas dus de plein droit et en vertu de la loi. L'esclave n'y était obligé que lorsque son maître ne l'avait affranchi qu'à cette condition, et qu'il les lui avait fait promettre par serment ou par stipulation. On réglait ordinairement quelle serait l'étendue de ces services (7). — 3° Enfin, les droits sur les biens de l'affranchi étaient des droits de succession que nous examinerons plus tard (8).

81. Parmi les affranchis, ou peut-être vaut-il mieux dire parmi les esclaves, il en est que nous ne pouvons nous dispenser d'examiner ; ce sont ceux qu'on nommait *statu liberi*, libres par destination, parce qu'ils étaient destinés à obtenir une liberté qui, momentanément, se trouvait suspendue par un terme ou par une condition (*qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet*) (9). « Que mon esclave Syrus soit libre deux ans après que l'héritier aura recueilli ma succession, *ou bien* s'il achève de peindre le pavillon que j'ai fait élever. » L'esclave, jusqu'à ce que les deux ans soient écoulés, ou jusqu'à ce que le pavillon soit peint, sera *statu liber*. Dans cette position il ne diffère guère des autres esclaves de l'héritier, tellement que les enfants de la femme *statu libera* étaient esclaves : « Statu liber, quamdiu pendet conditio, servus hæredis est ; — Statu liberi cæteris servis nostris nihilo pene differunt (10). » Le maître pouvait en retirer tous les services, tous les fruits ; il pouvait le vendre, le donner ; mais dans ces changements de position, l'esclave ne perdait pas le droit suspendu ou conditionnel qu'il avait à la liberté. Ainsi, qu'il eût passé dans les mains d'un tiers par vente, donation, legs, n'importe : dès que le jour arrivait, dès que la condition s'accomplissait, il devenait libre. — Il faut ranger parmi les *statu-libres* les esclaves affranchis en fraude des créanciers : « Nam dum

(1) D. 37. 15. *De obsequiis parentibus et patronis præstandis*. — (2) *Ib*. 9. f. Ulp. — (3) D. 2. 4. 4. § 1. f. Ulp. — (4) Inst. 4. 6. 38. — (5) Dig. 25. 3. 5. § 19. f. Ulp. — (6) Dig. 37. 14. 1. fr. Ulp. ; 5. fr. Marcian ; 7. § 1. fr. Modest. — (7) D. 38. 1. — (8) D. 38. 2. — (9) D. 40. 7. 1. f. Paul. — Ulp. *Reg*. tit. 2. — (10) Ulp. *Reg*. 2. § 2. — D. 40. 7. 29. f. Pomp. — *Ib*. fr. 9.

incertum est, an creditor jure suo utatur, interim statu liberi sunt (1). » Mais il y avait pour eux cela de particulier que jusqu'à ce que le créancier eût attaqué la manumission, de fait ils jouissaient de la liberté. — Quant aux esclaves affranchis par fidéicommis, bien qu'il y eût une grande analogie entre eux et les statu-libres, cependant plusieurs lois indiquent qu'on mettait une différence (2). Ainsi, l'héritier ne pouvait vendre l'esclave affranchi par fidéicommis, et, s'il le faisait, ce dernier pouvait forcer l'héritier à le racheter, afin d'être affranchi par lui et non par un autre (3).

ACTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LIBERTÉ, DE CITÉ ET D'INGÉNUITÉ.

82. *Pour la liberté*, on donnait une action à celui qui voulait attaquer un homme qui passait pour libre, prétendant qu'il était esclave et qu'il lui appartenait; on en donnait une aussi à celui qui, passant pour esclave, par exemple, parce qu'il avait été pris en bas âge par des pirates, et reconnaissant sa qualité d'homme libre, voulait agir pour la faire judiciairement déclarer (*ad libertatem proclamare*). Il le pouvait, quelque long temps qu'il eût passé en servitude; et même, s'il ne le faisait pas, ses enfants, ses ascendants ou ses autres parents pouvaient réclamer malgré lui. Alors avait lieu le procès nommé *causa liberalis* (4). — *Pour l'ingénuité*, on donnait une action à celui qui voulait attaquer un homme qui passait pour ingénu, soutenant qu'il avait été son esclave et qu'il était son affranchi. On en donnait pareillement une à celui qui, passant pour affranchi, voulait agir pour faire reconnaître judiciairement qu'il était ingénu. Tel était, par exemple, celui qui, ayant été vendu par des pirates, avait été affranchi par l'acheteur. Si, après la manumission, il reconnaissait son état, il pouvait agir pour prouver que cette manumission ne pouvait nuire à ses droits de naissance et qu'il était ingénu (5). Il devait agir dans les cinq années qui suivaient l'affranchissement, sinon son action était perdue (6); mais Justinien, dans le Code, supprima cette prescription (7). — Ces diverses actions sur l'état des hommes étaient du nombre de celles qu'on nommait *préjudicielles* (*præjudicia*) et dont nous aurons plus tard à apprécier le caractère (8). Elles ne pouvaient avoir lieu que devant des juges supérieurs (*apud competentes maximos judices*) (9), tels que les recteurs, les présidents dans les provinces; les préteurs, les consuls à Constantinople. Elles offraient le moyen de sanction de toutes les règles que nous venons d'exposer.

(1) D. 40. 7. 1. § 1. — (2) D. 35. 2. 37. — 49. 15. 12. §§ 10 et 14. — (3) D. 40. 5. 15. f. Modest. — (4) D. 40. 12 et 13. — Cod. 7. 16. — (5) D. 40. 14. — (6) D. 40. 14. 2. § 1. — (7) C. 3. 22. 6. — (8) Inst. 4. 6. 13. — (9) C. 3. 22. 6.

TITULUS VIII. — TITRE VIII.

DE HIS QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT. — DE CEUX QUI SONT MAITRES D'EUX-MÊMES OU SOUS LE POUVOIR D'AUTRUI.

83. Il s'agit ici des hommes considérés dans la famille. Il faut peindre la famille romaine telle qu'elle existait dans les mœurs premières, afin de pouvoir en saisir les vestiges, à demi effacés, qui restent encore sous Justinien.

Déjà nous avons tracé ce tableau dans son ensemble (tom. I, *Généralis.*, nos 40 à 69); il faut arriver aux détails. Le principe que nous avons posé en tête, c'est que la famille romaine est non pas une famille naturelle, mais une famille civile; que son fondement est non pas le lien du sang, mais la *puissance*.

Chaque famille formait, au milieu de la société générale, une société particulière soumise à un régime despotique. A la tête se trouvait un chef (*pater familias*) (1), maître de lui-même (*sui juris*); dans la propriété de ce chef étaient les personnes qu'on nommait *alieni juris*, soumises au pouvoir d'autrui, savoir : 1° ses esclaves; 2° ses enfants, quelque âgés qu'ils fussent, et les descendants de ses enfants mâles; 3° sa femme dans certains cas; 4° les hommes libres qu'il avait acquis par mancipation. Le mot *familia*, et plus souvent *domus*, indiquait, dans un sens général, la réunion de toutes ces personnes (tom. I, *Hist.*, nos 91, 119 et suiv. — *Génér.*, nos 46 et suiv.).

84. Parmi ceux qui étaient *alieni juris*, les uns ne tenaient au chef que par des liens de propriété, c'étaient les esclaves et les hommes libres acquis par mancipation; les autres se rattachaient à lui et entre eux par les liens d'une parenté civile, c'étaient la femme, les enfants et leurs descendants. Cette parenté se nommait *agnation*. La femme et les enfants soumis au chef lui appartenaient, étaient sa propriété; tous entre eux, y compris le chef, ils étaient *agnats*. Le mot *familia*, dans un sens plus restreint, mais plus fréquemment employé que le précédent, désignait le chef et la femme, et les enfants soumis à son pouvoir (t. I, *Génér.*, n° 68) (2).

Quand le chef mourait, la famille qui lui était soumise se décomposait en plusieurs petites, commandées par chaque fils qui devenait indépendant; mais le lien d'agnation n'était pas rompu, il continuait d'exister entre ces diverses familles, et même de lier les nouveaux membres qui naissaient. On eût dit que le chef primitif, celui à qui ils avaient obéi jadis, eux ou leurs ascendants, les réunissait encore sous son autorité, ou du moins le souvenir de ce chef était le lien qui les attachait; entre eux, ils étaient tous agnats. Le mot *familia*, dans un troisième sens, désignait la

(1) Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet (D. 50. 16. 195. § 2. f. Ulp.). — (2) Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura, aut jure subjectæ (*ib.*). — Familiæ appellatione et ipse princeps familiæ continetur (*ib.* f. 196. Gaius).

réunion de tous ces agnats : réunion formant une grande famille composée de diverses petites familles qui, à la mort du chef commun, avaient été commandées par des chefs différents, et néanmoins étaient restées liées par l'agnation (tom. I, *Génér.*, n° 68, diverses acceptions du mot *familia*) (1).

85. A la théorie de la famille se rattache celle de la parenté, dont nous avons déjà exposé les notions principales (tom. I, *Génér.*, n°s 62 et suiv.).

La parenté en général se nommait cognation (*cognatio*), et les parents cognats (*cognati, quasi una communiter nati*). — La cognation, dit Modestin, vient quelquefois du droit civil, quelquefois de la nature, quelquefois de l'un et de l'autre. — De la nature seule, par exemple, pour la parenté du côté des femmes, parce que les enfants ne sont pas de la famille de leur mère. — Du droit civil seul, lorsqu'elle provient d'une adoption. — Du droit civil et de la nature, lorsqu'elle est produite par de justes noces entre les membres d'une même famille. — La cognation naturelle retient le nom de *cognation* : quant à la cognation civile, elle porte bien ce nom générique; mais, à proprement parler, elle se nomme *agnation* (2).

L'agnation, rapport purement civil, ne tenait nullement, comme on l'a vu, à la parenté naturelle, mais seulement à la qualité de membre de la même famille résultant d'un lien de puissance. C'est à cette qualité d'agnat que le droit civil des Romains avait attaché tous les droits, tels que ceux de tutelle et de succession, que les autres peuples donnent aux liens du sang. Est-on dans la même famille, on est *agnat*, et on jouit de tous les droits que donne cette qualité; est-on dans des familles différentes, on n'est pas *agnat*, et l'on n'a point de droit; que l'on soit du reste parent naturel ou non, peu importe. L'étranger introduit dans la famille par l'adoption, la femme par la puissance maritale, y prennent tous les priviléges de l'agnation; mais qu'un membre de la famille en soit renvoyé par le chef, tous ses liens sont rompus, tous les avantages lui sont retirés. De même, aucun droit n'est accordé aux parents quelconques du côté des femmes, parce qu'ils n'entrent pas dans la famille de leur mère; aucun droit enfin ni à la mère envers ses enfants, ni aux enfants envers leur mère, lorsqu'elle n'est pas liée à la famille par la puissance maritale.

La cognation proprement dite, c'est-à-dire la parenté naturelle seule, ne donnait aucun droit de famille, ni droit de tutelle, ni droit de succession. Son principal effet était de mettre, dans certains cas, obstacle au mariage.

---

(1) Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum. Nam et si patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, quæ sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt (D. 50. 16. 195. § 2. f. Ulp.) — (2) D. 38. 10. 4. § 2. f. Modest.

86. Tel était le droit civil dans toute sa pureté, quant aux idées générales sur la famille et sur la parenté; mais il a subi des modifications. Sous le premier rapport, nous verrons que le nombre des personnes *alieni juris* est diminué: car les hommes libres ont, depuis les premiers empereurs, cessé d'être donnés en mancipation, et les femmes ne sont plus sous la *manus* de leurs maris. Sous le second rapport, bien qu'on distingue encore les agnats des parents qui ne le sont point, cependant on accorde déjà plusieurs droits civils à la parenté naturelle. Les préteurs ont commencé, les empereurs ont augmenté ces droits, et Justinien les a consacrés.

Après cet aperçu général, passons aux détails.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam, quædam personæ *sui juris* sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, *aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum*. Videamus itaque de his quæ alieno juri subjectæ sunt; nam, si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus quæ sui juris sunt. Ac prius dispiciamus de his quæ in potestate dominorum sunt.

Voici une autre division dans le droit sur les personnes. Les unes sont *maîtresses d'elles-mêmes*, les autres sont au pouvoir d'autrui. Et, parmi ces dernières, il en est qui sont *soumises à leur père*, *d'autres à leur maître*. Traitons d'abord de celles qui sont au pouvoir d'autrui; car, une fois ces personnes connues, nous saurons par cela seul quelles sont celles qui sont maîtresses d'elles-mêmes. Et d'abord occupons-nous de celles qui sont au pouvoir d'un maître.

87. *Sui juris*. D'une part, *jus*, dérivé de *jussum*, signifie *ordre, commandement* : synonyme, en quelque sorte, de puissance (1).

D'autre part, le chef de famille était le seul qui eût un droit à lui : droits de propriété, droits de créance, tout, originairement, se concentrait en lui; ceux qui lui étaient soumis n'avaient pas de droit propre, ils faisaient partie, ils étaient une dépendance de son droit. Voilà d'où viennent les expressions de *sui juris, alieni juris*, pour dire, maître de soi-même, ayant son droit propre; soumis au pouvoir d'autrui, dépendance du droit d'autrui. Ceux qui ne sont sous la puissance de personne (*sui juris*) prennent le nom de *pater familias* pour les hommes, et *mater familias* pour les femmes, et cela à quelque âge qu'ils soient, ces mots ne désignant nullement la qualité de père ou de mère, mais seulement celle de chef de maison : de sorte que l'enfant qui naît indépendant (*sui juris*) dès l'instant de sa naissance est *pater familias* : « Patres familiarum sunt, qui sunt suæ potestatis, sive puberes, sive impuberes, simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiæ, quæ sunt in aliena potestate (2). » Cependant cette épithète de *mater familias* ne se donnait pas aux femmes déshonorées par de mauvaises mœurs (3).

88. *Aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum*. Les Instituts n'indiquent que deux classes soumises au pouvoir d'autrui, les esclaves et les enfants; c'est qu'effectivement

(1) Théoph. hic. — (2) D. 1. 6. 4. f. Ulp. — (3) D. 50. 16. 46. § 1. f. ejusd.

il n'en existe plus d'autre à l'époque de Justinien; mais jadis il fallait y joindre la femme tombée au pouvoir de son mari et l'homme libre abandonné en mancipation. On avait même désigné par des noms ces différentes espèces de pouvoirs. On nommait *potestas* le pouvoir du chef sur ses esclaves et sur ses enfants; *manus*, son pouvoir sur sa femme; *mancipium*, sur l'homme livré par mancipation. « Earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt (1). »

POUVOIR DU CHEF SUR SES ESCLAVES ET SES ENFANTS (*potestas*).

1. In potestate itaque dominorum sunt servi : quæ quidem potestas, juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.

1. En la puissance des maîtres sont les esclaves : et cette puissance est du droit des gens; car nous pouvons apercevoir que, chez toutes les nations, les maîtres ont droit de vie et de mort sur les esclaves, et que tout ce qui est acquis par l'esclave est acquis au maître.

89. La puissance du maître s'applique à deux choses, à la personne et aux biens. Quant à la personne, droit de vie et de mort était accordé au maître; quant aux biens, tout ce que l'esclave avait ou acquérait était à son maître. Voilà le droit primitif; examinons quelles modifications il subit (V. ci-dess., tom. I, *Histoire du droit*, n[os] 37, 91, 212 et 329).

Sur la personne, jusqu'à la fin de la république, la puissance du maître resta intacte; mais elle fut diminuée considérablement, même avant l'introduction du christianisme, qui vint plus tard exercer sur ce point une influence incontestable. D'abord par la loi PETRONIA, que nous connaissons, d'après un passage des Pandectes, comme ayant enlevé aux maîtres le droit de forcer eux-mêmes leurs esclaves à combattre contre les bêtes : « Post legem Petroniam et senatus-consulta ad eam legem pertinentia, dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere. Oblato tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic pœnæ tradetur (2). » Cette loi est placée par MM. Haubold et Hugo dans les dernières années du règne d'Auguste (an 764 de R.), quoique Hotoman et d'autres auteurs l'aient rapportée à l'an 814, sous Néron, époque où il n'y avait déjà plus de lois ni de plébiscites.—Adrien (870 de R.), d'après ce que nous apprend Spartien (3), défendit que les esclaves pussent être mis à mort, si ce n'est en vertu d'une condamnation du magistrat; et nous savons que cet empereur relégua pour cinq ans une femme qui avait traité cruellement ses esclaves : « Divus etiam Hadrianus Umbriciam quamdam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset (4). » Enfin Antonin le

(1) GAIUS. 1. 49. — (2) D. 48. 8. 11. § 2. f. Modest. — (3) *In Hadrianum*, c. 18. — (4) D. 1. 6. 2. *in fin*. f. Ulp.

Pieux (914 de R.) punit comme homicide tout maître quelconque qui aurait tué son esclave, et prit des mesures pour que ces derniers ne fussent point traités trop cruellement. Constantin confirma ces dispositions en permettant seulement aux maîtres de fustiger modérément leurs esclaves (1), et Justinien conserva les constitutions de ces deux empereurs.

II. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet *sine causa legibus cognita*, in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam *qui alienum occiderit*. Sed et major asperitas dominorum, ejusdem principis constitutione, coercetur; nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de his servis qui ad ædem sacram vel *ad statuam principum confugiunt*, præcepit ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos *bonis conditionibus* vendere, ut pretium dominis daretur; et recte. Expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. *Cujus rescripti* ad Ælium Martianum emissi verba sunt hæc: « Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi; sed *dominorum interest*, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam, denegetur iis qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et, si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Qui si meæ constitutioni *fraudem fecerit*, sciet me admissum severius executurum. »

2. Mais aujourd'hui il n'est permis à aucun de nos sujets de sévir à l'excès et *sans motif légal* contre ses esclaves. Car, d'après une constitution de l'empereur Antonin, celui qui sans cause tue son esclave doit être puni comme celui *qui tue l'esclave d'autrui*. Et même, par cette constitution est réprimée la rigueur excessive des maîtres. En effet, consulté par quelques présidents des provinces sur les esclaves qui se réfugient dans des édifices sacrés *ou près de la statue de l'empereur*, Antonin ordonna que, si les traitements du maître étaient jugés insupportables, il fût contraint de vendre ses esclaves *à de bonnes conditions* et que le prix lui en fût remis; disposition fort juste, car l'Etat même est intéressé à ce que personne n'use mal de sa chose. Voici les termes *de ce rescrit*, adressé à Ælius Marcien : « Il convient sans doute de ne pas porter atteinte à la puissance des maîtres sur leurs esclaves et de n'enlever à personne ses droits; mais *il est de l'intérêt des maîtres* eux-mêmes qu'on ne refuse pas aux esclaves, contre la cruauté, la faim, ou des injures intolérables, le secours qu'ils implorent justement. Connaissez donc des plaintes de ceux qui de chez Junius Sabinus se sont réfugiés à la statue, et s'il vous est prouvé qu'ils ont été traités plus durement que l'humanité ne le permet, ou souillés d'une injure infâme, faites-les vendre, qu'ils ne rentrent plus au pouvoir de leur maître. Et, s'il cherche par des subterfuges *à éluder ma constitution*, qu'il sache que je l'exécuterai plus sévèrement. »

90. *Sine causa legibus cognita*. Le maître aurait un motif légitime de tuer son esclave s'il le surprenait en adultère avec sa fille ou sa femme (2), ou si, attaqué par lui, il était obligé de le tuer pour se défendre (*Théophile, hic*).

Qui alienum occiderit. Le meurtrier de l'esclave d'autrui pouvait être poursuivi en vertu de la loi CORNELIA comme homicide, et, comme tel, puni de mort ou de déportation : « *Si dolo*

(1) C. 9. 14. — (2) D. 48. 5. 1. 20 et 24.

servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat (1). » Ainsi le maître qui aura sans motif tué son esclave sera puni de la même peine.

Ad statuam principum confugiunt. Les temples, les statues des princes étaient des objets sacrés; ils offraient un refuge qu'on ne pouvait violer sans se rendre coupable de sacrilége ou de lèse-majesté (2). Aussi les esclaves qui y couraient échappaient-ils, pour le moment, aux sévices de leurs maîtres.

Bonis conditionibus. On était dans l'usage fréquent, en vendant des esclaves, d'attacher à la vente des conditions, le plus souvent favorables, quelquefois défavorables à l'esclave. On trouve au Digeste un titre consacré à l'examen de ces conditions (3), à peu près comme celles-ci : que l'esclave vendu sera affranchi à telle époque; que la femme esclave ne sera point prostituée; que l'esclave ne pourra pas rester à Rome; qu'il sera transporté dans tel pays lointain, qu'il sera employé aux travaux les plus rudes; qu'il sera toujours dans les chaînes, etc. Antonin défend que le maître contraint à vendre son esclave puisse, par des conditions semblables à ces dernières, le poursuivre de sa haine jusque dans les mains de l'acheteur (*Théophile, hic*).

Cujus rescripti. Nous avons ici l'exemple d'un rescrit. Il n'est pas difficile de voir le fait qui y donna lieu. Un citoyen, nommé Sabinus, accablait de mauvais traitements plusieurs de ses esclaves, qui, pour lui échapper, cherchèrent un refuge auprès de la statue du prince, et implorèrent la protection d'Ælius Marcien, président de la province. Celui-ci, n'ayant aucune loi pour se décider, s'adressa à l'empereur, et lui demanda ce qu'il fallait faire. Nous avons la réponse d'Antonin (*Théoph.*).

Dominorum interest. C'est l'intérêt des maîtres eux-mêmes, de peur que les esclaves désespérés ne se tuent ou ne prennent la fuite (*Théoph.*).

Fraudem fecerit. Par exemple, en convenant tacitement avec l'acheteur que l'esclave lui sera rendu, ou bien en mettant une condition tacite contraire à l'esclave (*Théoph.*).

91. Sur les biens : l'ancien droit a toujours été conservé dans sa rigueur; l'esclave étant lui-même au rang des choses de son maître, n'a rien qui ne soit à ce dernier. S'il gagne quelque chose par son industrie, s'il trouve un trésor, s'il reçoit une donation, un legs, une hérédité, c'est toujours pour son maître. Cependant il est souvent parlé chez les poëtes, chez les historiens, chez les jurisconsultes, du pécule des esclaves (*peculium*). C'était une masse de biens, formée le plus souvent par les petits profits ou les petites épargnes de l'esclave, dont le maître laissait à celui-ci la disposi-

(1) D. 9. 2. 23. § 9. f. Ulp. — D. 48. 8. 1. § 2. f. Marc. — (2) C. 1. 12. — Ib. 25. — SENEC. 1. *De clem.* c. 18. — (3) D. 18. 7. *De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit ut manumittatur, vel contra.*

tion. L'esclave cherchait par son travail à augmenter son pécule; bien que rigoureusement ce pécule appartînt à son maître, cependant il l'administrait, il en jouissait, et les mœurs avaient fini par empêcher que le maître ne le lui retirât arbitrairement. Il achetait même fort souvent la liberté en abandonnant en totalité ou en partie ce pécule (1).

TITULUS IX.	TITRE IX.
DE PATRIA POTESTATE.	DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

92. Propriétaire de ses enfants, quoique à un autre titre que de ses esclaves, le chef de famille avait des droits sur leur personne et sur leurs biens. Sur leur personne, droit de vie et de mort, droit de les vendre, de les exposer (2) (*Hist.*, nos 37 et 91). Nous avons l'exemple de plus d'un père jugeant son fils dans une assemblée de parents, et le condamnant à mort (3). Cependant l'affection paternelle, les mœurs et par la suite les lois adoucirent cette puissance. Un fragment du Digeste nous apprend que Trajan (an 867 de R.) contraignit un père à libérer son fils de sa puissance parce qu'il l'avait traité inhumainement (4). — De même Adrien (870 de R.) condamna à la déportation un père qui, à la chasse, avait tué son fils, bien que ce dernier fût coupable d'adultère avec sa belle-mère; car, dit Marcien, qui rapporte le fait, *patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere* (5). Ulpien disait dans un de ses écrits qu'un père ne peut tuer son fils sans jugement, et qu'il doit l'accuser devant le préfet ou le président (6). Alexandre Sévère (981 de R.) écrivait à un père dans une constitution insérée au Code : « Votre puissance paternelle vous donne le droit de châtier votre fils; et, s'il persévère dans sa conduite, vous pouvez, recourant à un moyen plus sévère, le traduire devant le président de la province, qui prononcera contre lui la punition que vous demanderez (7). » Enfin nous trouvons aussi dans le Code une constitution de Constantin (1065 de R.) qui condamne à la même peine que le parricide le père qui aurait tué son enfant (8). Nous voyons ainsi que, lorsque la république eut disparu, que le droit naturel et le droit des gens se furent mêlés à la législation, le pouvoir correctionnel des pères sur la personne des enfants fut contenu dans de justes bornes. — Le droit d'en disposer fut aussi restreint. Le père, dans le principe, pouvait vendre les enfants qu'il avait sous sa puissance (*mancipare*); il pouvait, lorsqu'ils avaient causé quelque préjudice, les abandonner en réparation (*noxali causa mancipare*) : il ne les rendait pas, ainsi, esclaves (9); mais il les plaçait sous une espèce de puissance particulière que nous exami-

(1) C. Th. 4. 8. const. 3. — (2) D. 28. 2. 11. f. Paul., *in fine*. — Gaius. 1. § 117. — C. 8. 52. 2. — (3) Den. d'Hal. 2. 4. — Valer. Max. 5. c. 8. — — Quint. decl. 3. — (4) D. 37. 12. 5. f. Papin. — (5) D. 48. 9. 5. f. Marc. — (6) D. 48. 8. 2. — (7) C. 8. 47. 3. — (8) C. 9. 17. — (9) C. 8. 47. 10. — Gaius. 1. § 117.

nerons bientôt (*in mancipio*). A l'époque de Gaius (925 de R.), la vente solennelle des enfants (*mancipatio*) existait encore ; il est vrai que, le plus souvent, elle n'était que fictive et avait pour but, comme nous le verrons, de les libérer de la puissance paternelle (1) ; quant à l'abandon en réparation d'un dommage, il se faisait encore sérieusement, mais pour les fils seulement et non pour les filles (2). Les écrits de Paul (965 de R.) nous indiquent que, de son temps, les ventes réelles des enfants n'avaient lieu que dans un cas d'extrême misère (*contemplatione extremæ necessitatis, aut alimentorum gratia*) (3) ; mais l'abandon du fils en réparation du préjudice qu'il avait causé se faisait toujours (4). Enfin Dioclétien et Maximien (1039 de R.) disent, dans un rescrit inséré au Code, qu'il est hors de doute (*manifestissimi juris*) que les pères ne peuvent livrer leurs enfants ni en vente, ni en donation, ni en gage. Constantin (1059 de R.) permet, il est vrai, de les vendre, mais au sortir du sein de la mère (*sanguinolentes*), et quand on y est forcé par une extrême misère (*propter nimiam paupertatem egestatemque victus*) ; c'est ce dernier droit qui est conservé dans la législation de Justinien par son insertion au Code (5). Quant à l'abandon en réparation, les Instituts eux-mêmes disent qu'il est tombé en désuétude, qu'il n'aura plus lieu (6) ; et quant à l'exposition, depuis longtemps elle était condamnée par les lois (7).

93. Relativement aux biens, les droits du père sur le fils étaient aussi étendus que sur l'esclave. Comme ce dernier, l'enfant ne pouvait rien avoir qui ne fût à son père, rien acquérir qui ne fût pour son père ; il pouvait posséder un pécule, mais, comme l'esclave, il n'en avait qu'une jouissance précaire. Cependant le droit primitif fut encore modifié sur ce point par rapport à l'enfant, tandis qu'il ne le fut jamais par rapport à l'esclave. Sous les premiers empereurs, on sépara des autres biens ceux que l'enfant avait acquis à l'armée (*castrense peculium*) ; Constantin distingua de même ceux qu'il avait acquis dans des emplois à la cour (*quasi castrense peculium*) ; puis ceux qui lui venaient de sa mère. Et ainsi se formèrent des pécules sur lesquels les fils de famille eurent des droits plus ou moins étendus. Du reste, nous traiterons cette matière à sa place (8). (App. 1, liv. 3.)

94. Maintenant que nous connaissons les principaux effets de la puissance paternelle, voyons sur qui s'étend cette puissance.

On l'acquérait de trois manières : 1° par les justes noces ; 2° par la légitimation ; 3° par l'adoption. Nous allons les parcourir successivement.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.	**En notre puissance sont nos enfants issus de justes noces.**

---

(1) Gaius. 1. §§ 117 et 118. — (2) Gaius. 4. §§ 75 et suiv. — (3) Paul. *Sent*. 5. 1. § 1. — (4) *Id*. 2. 31. § 9. — 43. 29. 3. § 4. f. Ulp. — (5) C. 4. 43. 1 et 2. — (6) Inst. 4. 8. 7. — (7) C. 8. 52. — (8) Inst. 2. 9.

Il faut bien remarquer les mots *ex justis nuptiis*. Car tout mariage ne donnait pas la puissance paternelle; il n'y avait que celui que les Romains appelaient « justes noces, mariage légitime » (*justæ nuptiæ, justum matrimonium*).

I. Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.

1. Les noces ou mariage sont l'union de l'homme et de la femme, entraînant l'obligation de vivre dans une communauté indivisible.

C'est ici une définition générale des noces ou mariage; nous allons voir les circonstances qui doivent se réunir pour qu'il y ait *justes noces*.

II. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.

2. La puissance que nous avons sur nos enfants est propre aux citoyens romains; car il n'est pas d'autres peuples qui en aient une pareille.

95. La puissance paternelle était de droit civil; il fallait être citoyen pour pouvoir l'acquérir. Bien différente en cela de la puissance sur les esclaves, qui, étant du droit des gens, appartenait à tout propriétaire. De plus elle avait reçu de la constitution et de la législation du peuple romain un caractère singulier qu'on ne retrouvait pas ailleurs. Gaius cependant indique les Galates comme ayant un pouvoir semblable à celui des Romains (1). Et de fait, la propriété absolue du père sur les enfants se retrouve, aux époques de la barbarie, à l'enfance de plusieurs civilisations.

III. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate; et pronepos, et proneptis, et deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascitur, in potestate tua non est, sed in patris ejus.

3. Ainsi celui qui naît de toi et de ton épouse est en ta puissance; comme aussi celui qui naît de ton fils et de son épouse, c'est-à-dire ton petit-fils ou ta petite-fille; de même ton arrière-petit-fils, ton arrière-petite-fille, et ainsi des autres. Pour l'enfant issu de ta fille, il n'est pas sous ta puissance, mais sous celle de son père.

96. Le chef de famille avait sous sa puissance paternelle d'abord tous ses enfants au premier degré. Ses fils se mariaient-ils, le mariage ne les libérait pas de cette puissance; avaient-ils des enfants, ils ne prenaient pas sur ces enfants le pouvoir paternel; mais tous les fils et tous leurs enfants se trouvaient ensemble soumis au même chef, le père de famille, et vieillissaient sous son pouvoir jusqu'à sa mort, si quelque circonstance ne les en avait plus tôt fait sortir. C'était ainsi que la famille s'augmentait de toutes les naissances survenues de mâle en mâle. Quant aux filles, en se mariant, elles ne sortaient pas toujours, il est vrai, de leur famille paternelle, mais leurs enfants n'entraient jamais dans cette famille; ils étaient au pouvoir de leur père, ou du chef de famille à qui leur père était

(1) Gaius. 1. § 55.

soumis, et non au pouvoir de leur aïeul maternel. Voilà pourquoi nous disons bien souvent que les descendants par les femmes ne sont point agnats, mais simplement cognats. Et même, lorsqu'une femme était maîtresse d'elle-même (*sui juris*) et qu'elle avait des enfants issus de justes noces ou de toute autre union, jamais elle ne prenait sur eux la puissance paternelle, qui était réservée aux hommes seuls. Aussi Ulpien dit-il que la famille dont la femme *sui juris* s'était trouvée le chef (*mater familias*) commence et finit en elle : « *Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est* (1). »

TITULUS X. — TITRE X.

DE NUPTIIS. — DES NOCES.

97. Il faut, sur cette matière, déposer les idées de notre législation, et même les termes de notre langue.

Nuptiæ, matrimonium sont le plus souvent des expressions génériques, indiquant l'union de l'homme et de la femme dans une communauté indivisible, et pouvant s'appliquer à tous les mariages, même à ceux des étrangers. Mais les jurisconsultes veulent-ils spécialement désigner le mariage selon le droit des Romains, ils ont grand soin de dire *justæ nuptiæ, justum matrimonium* (2). Des justes noces seules découlaient la puissance paternelle, la parenté civile (*agnatio*), les droits de famille; en un mot, elles étaient le seul mariage de droit civil. La femme y prenait le nom de *uxor*, le mari celui de *vir*. Ulpien appelle *uxor injusta* celle qui est mariée, mais non suivant les règles spéciales du droit civil romain (*sive justa uxor fuit, sive injusta*) (3).

Le commerce d'un homme avec une concubine (*concubinatus*) n'était point un délit; les lois le permettaient, même elles le réglaient; il était assez fréquent, mais il n'avait rien d'honorable, surtout pour la femme. — Quant à l'union des esclaves (*contubernium*), abandonnée à la nature, elle ne produisait que les liens naturels. — Occupons-nous d'abord des justes noces.

98. Le mariage a été presque partout instinctivement placé sous une protection supérieure, et accompagné d'invocation à la Divinité; aussi, chez les Romains, les dieux du paganisme intervenaient à sa célébration, et lorsque la religion chrétienne fut la religion de l'État, elle ne put manquer de le sanctifier par ses cérémonies; mais, dans tous les temps, sous Justinien encore, cette intervention fut purement religieuse, sans caractère légal; le mariage ne fut considéré que comme un contrat civil, et il s'écoula bien longtemps avant que l'Église crût, à titre de sacrement, devoir s'en emparer exclusivement. Le mariage n'était assujetti à aucune solennité. Les Romains n'en avaient pas érigé la célébration en un acte public avec intervention de la société :

(1) D. 50. 16. 195. § 5. — (2) ULP. *Reg.* tit. 5. §§ 1 et 2. — (3) Voir tome 1, *Général. du droit rom.*, nos 58 et suiv. — D. 48, 5, *De adulter.*, 13, § 1.

ils avaient complétement laissé ce contrat dans la classe des actes privés.

99. Longtemps l'opinion courante a été que le mariage, chez eux, se formait par le seul consentement. J'ai soutenu, au contraire, qu'il était du nombre des contrats réels, et que, semblable à tous ces contrats, outre le consentement, qui en était sans doute la base première et indispensable, il ne se réalisait que par la tradition (*re contrahebatur*) (1). Il fallait nécessairement qu'il y eût eu tradition de la femme au mari, c'est-à-dire que la femme eût été mise, en qualité d'*uxor*, à la disposition du mari ; jusque-là, il n'y avait que mariage projeté. Le mot de *tradition* peut paraître dur ; on peut trouver bon de l'adoucir : Puchta et notre excellent collègue M. Demangeat y emploient celui de *réalisation*, qui répond bien à notre *re contrahitur ;* mais qu'est-ce que cette réalisation ? Ménagements à part, rien autre que la femme mise à la disposition du mari en qualité d'*uxor* (2).

Mutual consent & delivery; the essentials

Les contrats purement consensuels peuvent se faire entre absents, par lettre, par messager, aussi bien qu'entre présents (3). Au contraire, il est formellement déclaré, en droit romain, que la femme absente ne peut se marier ni par lettres, ni par messager (4). Donc, on exigeait autre chose que le seul consentement.

Quand le mariage est arrêté, que le jour, que l'heure, que le moment fixés sont venus, tout le monde consent à ce qu'il existe, et cependant il y manque encore quelque chose (5) ; le consentement ne suffit pas pour le compléter : quel est donc l'acte qui va donner existence à ce mariage ? Est-ce quelque solennité, un écrit, des témoins spécialement appelés ? Nullement ; aucune nécessité pareille n'existe en droit romain (6). Cet acte, c'est la tradition

---

(1) Voir (*Thémis*, an 1830, t. 10, p. 496) une dissertation dans laquelle j'ai établi cette opinion.—Notre savant et regrettable collègue, M. DUCAURROY, professe un autre système. Il fait une distinction ingénieuse entre *nuptiæ* et *matrimonium : nuptiæ*, ce sont les cérémonies ; *matrimonium*, c'est le contrat ; pour les cérémonies il faut nécessairement la présence de la femme : pour le contrat, le consentement suffit. A cela une seule objection : c'est que le mot *nuptiæ*, malgré son origine (de *nubere*, se voiler), est employé constamment, par tous les jurisconsultes romains, pour désigner le contrat lui-même. — Notez que, dans les textes, *solus consensus* intervient toujours par opposition soit à tout écrit, soit aux cérémonies de simple usage, soit à la cohabitation. — (2) Quand le mariage avait été fait par la mancipation, avec la pièce d'airain et la balance, ou par les formalités religieuses et patriciennes de la confarréation, la femme devenait la propriété du mari ; sinon, il fallait qu'elle fût acquise, comme toute autre chose mobilière, par la possession d'un an sans interruption (*usucapio*) (GAIUS. 1. § 109 et suiv.). Tout cela est parfaitement en harmonie. — (3) INST. 3. 22. *De consensu obligatione*. — DIG. 18. 1. *De contrah. empt* 1. § 2. fr. Paul. — 17. 1. 1. § 1. fr. Paul. — (4) PAUL. *Sent*. 2. 19. § 8. — DIG. 23. 2. 5. fr. Pomp. ; et aussi 6. fr. Ulp. Bien entendu, la femme y est absente par rapport au mari, mais non par rapport au domicile ; et la preuve, c'est qu'il y revient en traversant le Tibre. — (5) DIG. 24. 1. 27. Modest. — VET. J. R. Frag. § 96. — (6) COD. 5. 4. const. 9. 13 et 22.

de la femme au mari. Les expressions *uxorem ducere, uxor duci*, pour dire se marier, suffiraient pour en faire pressentir la démonstration. — Mais comment s'opérait cette tradition de la femme en qualité d'*uxor?*

Il faut reconnaître d'abord que les formes gracieuses et symboliques dont les mœurs l'avaient entourée, et dont la pompe augmentait avec la fortune des époux, n'étaient nullement exigées par les lois. Ainsi le *flammeum* qui voilait la fiancée (1), la quenouille, le fuseau, le fil qu'elle portait (2), sa marche vers la maison nuptiale, les tentures flottantes et les feuillages verts qui décoraient cette maison (3), les clefs qu'on lui remettait (4), les paroles consacrées, la réception par l'eau et le feu, et toutes ces allusions mythologiques dont nous trouvons les détails chez les poëtes, quelquefois aussi chez les jurisconsultes (5), n'étaient pas plus nécessaires à la validité du mariage que ne le sont, de nos jours, le voile blanc qui cache les traits de la mariée, la couronne de fleurs d'oranger qui pare ses cheveux, la fête et le bal qui suivent son hyménée.

La tradition de la femme, pour le mariage, était soumise aux règles ordinaires du droit sur la tradition. Il fallait que le mari fût mis, d'une manière quelconque, en possession de la femme à titre d'*uxor*.

Tradition de la femme

Or, comment se fait, en droit romain, la tradition? — Ordinairement elle a lieu lorsque celui qui doit recevoir prend l'objet qui lui est livré ou même porté chez lui. C'était ce dernier mode que les mœurs avaient consacré pour le mariage : la femme, dans une pompe nuptiale, avec des chants et des guirlandes, était conduite à son mari; et la joie du cortége, le charme de la poésie, le parfum des fleurs, couvraient l'âpreté austère du droit.

Mais la tradition a lieu aussi sans que la chose ait été remise dans les mains ou dans la maison du créancier, lorsque de toute autre manière elle est mise à sa disposition. Ainsi nous le disent les textes, et pour le débiteur qui dépose devant le créancier l'argent qu'il lui paye (6), et pour le vendeur qui montre à son acquéreur le fonds qu'il lui abandonne (7). Il suffit même, nous dit une loi, que les parties consentent à la tradition en présence de la chose (*si in re præsenti consenserint*); la possession se prend alors, non par le corps et par le tact, mais par les yeux et par l'intention (*sed oculis et affectu*). En effet, il était difficile

(1) Espèce de voile jaune. Voy. Festus, aux mots *Senis, Cœlibaris, Cingulum, Flammeum, Nuptiæ*. — PLINE, liv. 8, c. 48. — LUCAIN, *De bello phars.*, 2. — (2) PLINE, liv. 8, c. 48. — (3) JUVÉNAL, sat. 6, vers. 235. — Sat. 10, vers. 332. — (4) FESTUS, au mot *Clavis*. — (5) DIG. 24. 1. 66, § 1, fragment de Scævola où ce jurisconsulte parle lui-même de la réception par l'eau et le feu (*priusquam aqua et igne acciperetur*). — (6) DIG. 46. 3. 79. fr. Javolen. — (7) DIG. 41. 2. 18. § 2. fr. Cels.

d'exiger davantage pour les objets qui, par leur nature ou par leur poids, ne peuvent être changés de place (1).

En vertu de ces principes généraux, il n'était donc pas indispensable, pour que la tradition de la femme eût eu lieu, que le mari s'en fût corporellement emparé, ou qu'elle eût été conduite chez lui. Il suffisait que la femme eût été mise ou (si elle était *sui juris*) se fût mise elle-même en la possession du mari : *si in re præsenti consenserint; — solo affectu* (2).

Voilà dans quel sens un grand nombre de fragments parlent du seul consentement, de la seule intention (*solus affectus*) comme pouvant constituer le mariage : quand le mari et la femme étant en présence, le seul consentement opère la tradition (3);

Voilà pourquoi la femme absente ne peut se marier par lettres, ni par messager; car il faut au moins pour la tradition, que la femme soit mise en présence du mari;

Voilà pourquoi l'homme absent peut, au contraire, se marier par lettres ou par messager, si la femme est conduite dans son domicile (*si in domum ejus deduceretur*) (4); car il y a alors tradition selon les règles générales du droit (5);

Voilà pourquoi il peut arriver fréquemment que la femme ne soit conduite chez son mari qu'après le mariage (*deductio plerumque fit post contractum matrimonium*) (6); en effet, pourquoi le fiancé ne viendrait-il pas quelquefois recevoir sa fiancée dans la maison paternelle et y passer même avec elle plusieurs jours, au milieu de sa nouvelle famille, avant de l'emmener au domicile conjugal?

Voilà comment, en sens inverse, la fiancée, conduite quelques jours avant le mariage dans la maison de celui qu'elle doit épouser, ne lui est pas encore livrée : elle n'est pour lui qu'un dépôt, et elle ne deviendra son épouse (*uxor*) que lorsque, passant de l'appartement séparé qu'elle habite à celui de son mari, et joignant le consentement au fait, la tradition se sera opérée (7);

Voilà enfin pourquoi la concubine ne différait de l'épouse, comme nous le verrons bientôt, que par la seule intention (8).

---

(1) « Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, » *sed etiam oculis et affectu;* et argumento esse eas res quæ propter magni» tudinem ponderis moveri non possunt ut columnas : nam pro traditis (eas) » haberi *si in re præsenti consenserint*. » Dig. 41. 2. 1. § 21. fr. Paul. — (2) Cod. 5. 17. 11. pr. const. Justinian. — (3) Dig. 35. 1. *De condit*. 15. f. Ulp.—24. 1. 66. pr.—50. 17. 30.—Cod. 5. 4. 9.—(4) Paul. *Sent*. 2. 19. § 8. — « Mulierem absenti per litteras ejus, vel per nuntium posse nubere placet, *si in domum ejus deduceretur*. Eam vero quæ abesset, ex litteris vel nuntio (suo) duci a marito non posse : deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum; quasi in domicilium matrimonii. » Dig. 23. 2. 5. fr. Pomp. — (5) « Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim : possidere me certum est, quamquam id nemo dum attingerit. » Dig. 41. 2. 18. § 2. fr. Cels. — (6) Dig. 24. 1. 66. pr. f. Scævola. — (7) *Ibid*. § 1. — (8) Dig. 25. 7. 4. fr. Paul.

Le fait corporel de la tradition existait à son égard; mais l'intention, qui fait la tradition légale, manquait.

Un grand nombre de difficultés apparentes se résolvent par le même principe (1). Il faut donc tenir pour constant que le mariage, en droit romain, se formait par le consentement, et par la tradition de la femme opérée d'une manière quelconque, suivant les règles communes du droit sur la tradition. (App. 2, liv. 1.)

100. Quelquefois on dressait un acte, soit pour régler les conventions relatives aux biens (*instrumenta dotalia*), soit pour constater le mariage (*nuptiales tabulæ, instrumenta ad probationem matrimonii*); mais ces actes n'étaient que des moyens de preuve, ils ne faisaient pas le mariage si celui-ci n'avait pas eu lieu, et réciproquement le mariage contracté sans ces titres n'en existait pas moins (2). La preuve n'en était soumise à aucune forme. L'attestation des amis, des voisins, suffisait au besoin (*consortium consensu atque amicorum fide; — vicinis vel aliis scientibus*) (3).

Il n'était pas nécessaire, non plus, que le mariage eût été consommé par la cohabitation; il existait dès que l'épouse avait été conduite ou livrée d'une manière quelconque au mari : « *Statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* (4). »

Néanmoins, entre personnes de conditions inégales, il paraissait résulter des anciennes lois la nécessité qu'il y eût contrat dotal. Justinien supprima cette nécessité dans le Code (5).

101. Telle était, d'après les Instituts et le Code, la législation sur la célébration des noces, mais elle reçut quelque modification par les novelles. Ainsi, la novelle 74 décidait : 1° que les personnes revêtues de grandes dignités, jusqu'au rang d'illustres, ne pourraient contracter mariage sans contrat dotal; 2° que les autres personnes, à l'exception des pauvres, des agriculteurs et des soldats, seraient obligées au moins de se présenter devant le défenseur de quelque église et de déclarer leur mariage, l'année, le mois et le jour où elles l'avaient formé; déclaration dont on devait prendre acte en présence de trois ou quatre témoins (6). Cette dernière disposition, il est vrai, paraît abrogée, plus tard, par la novelle 117, c. 4.

102. Les fiançailles, c'est-à-dire les promesses de mariage, étaient en usage chez les Romains. On les nommait *sponsalia*. « Sponsalia sunt sponsio et repromissio nuptiarum futurarum; » parce qu'il était d'usage primitivement qu'elles se fissent par l'interrogation et la promesse solennelles, dans les termes du droit civil : *Spondes-ne? Spondeo;* d'où, pour les fiancés, les noms de *sponsus, sponsa* (en italien *sposo, sposa*, en français *époux*,

(1) Voir le rescrit d'Aurélien. Cod. 5. 3. 6. — (2) C. 5. 4. 13. — (3) C. 5. 4. 22 et 9. — (4) D. 35. 1. 15. f. Ulp. — 50. 17. 30. f. Ulp. — 23. 2. 6. f. Ulp. — (5) C. 5. 4. 22 et 23. § 7. — (6) Nov. 74. c. 4

epouse, appliqués aujourd'hui aux mariés eux-mêmes) (1). Déjà au temps d'Ulpien, le seul consentement des deux fiancés et de leur chef de famille suffisait (2) : pourvu que les deux fiancés eussent plus de sept ans et fussent capables de contracter mariage par la suite (3). Elles ne donnaient aucune action pour contraindre au mariage, et chaque partie pouvait y renoncer en le notifiant à l'autre en ces termes : *Conditione tua non utor*. Des arrhes étaient données ordinairement à la fiancée ; et celle des parties qui, sans motif légitime, faisait rompre l'union projetée, devait les perdre, sauf quelques distinctions pour la fiancée (4).

103. Terminons en signalant ici l'époque la plus remarquable sur cette partie de la législation, celle où Auguste, voulant relever la dignité du mariage avilie, fit paraître les deux fameuses lois Julia et Papia Poppæa, qui réglaient ce contrat civil, défendaient aux sénateurs et aux ingénus d'épouser certaines femmes, frappaient d'incapacités diverses les célibataires (*cœlibes*), les personnes n'ayant point d'enfant (*orbi*), et divisaient ainsi les citoyens en diverses classes (tom. I, *Histoire,* n° 369 et suiv.). Cette division exista pendant plus de trois siècles, fut effacée en totalité par Constantin (*ib.,* n° 479), et plus aucune trace n'en resta sous Justinien.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias ; dum tamen, si filii familias sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis *præcedere debeat*. Unde quæsitum est, an furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque *super filio variabatur,* nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

Il y a justes noces quand des citoyens romains s'unissent selon les lois, les hommes pubères, les femmes nubiles, qu'ils soient chefs ou fils de famille ; pourvu, dans ce dernier cas, qu'ils aient le consentement de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent ; car la raison naturelle et la loi civile l'exigent ; tellement que l'autorisation du père *doit précéder*. De là cette question : le fils ou la fille d'un fou peuvent-ils se marier? Et comme *à l'égard du fils on était partagé,* est intervenue notre décision qui permet que le fils d'un fou puisse, à l'exemple de la fille, contracter mariage sans l'intervention du père, selon le mode indiqué par notre constitution.

104. Ulpien, d'accord en entier avec les Instituts, indique trois conditions indispensables pour qu'il y ait justes noces : 1° la puberté, 2° le consentement, 3° le *connubium*.

1° *La puberté*. On désigne ainsi l'état physique où l'homme devient, par le développement de son corps, capable de s'unir à une femme, et réciproquement celui où la femme devient capable de s'unir à un homme. Cet état détermine l'instant où le mariage, rendu possible par la nature, peut être permis par la loi. Dans le

(1) D. 23. 1. fr. 1, 2 et 3. — (2) D. 23. 1. fr. 4 et 7. — (3) D. 23. 1. fr. 1. 14. 15 et 16. — (4) C. 5. 1. c. 3. 5 et 6.

droit primitif, la puberté n'était pas fixée à une époque déterminée; consultant en cela la nature seule, les chefs de famille ne mariaient leurs enfants que lorsqu'ils voyaient leur corps suffisamment développé. Par la suite la puberté fut légalement fixée, d'abord pour les femmes à douze ans, ensuite pour les hommes à quatorze. Avant cet âge on pouvait faire des fiançailles; mais l'union contractée n'eût pas été un mariage légitime, et ne le serait devenue qu'au moment de la puberté (1).

105. 2° *Le consentement*. Ce qui doit s'appliquer à la fois aux conjoints et aux chefs de famille sous la puissance desquels ils se trouvent : « Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt (2). » Le consentement des époux devait être libre, et le pouvoir du chef de famille ne s'étendait pas jusqu'à contraindre ceux qui lui étaient soumis à se marier : « Non cogitur filius familias uxorem ducere (3). » Il devait être donné par une personne sachant ce qu'elle faisait : ainsi le fou, incapable de consentir, était incapable de se marier (4). — Quant au consentement du chef de famille, il faut bien remarquer que si on l'exigeait, ce n'était qu'à cause de sa puissance paternelle et comme une suite de ses droits de propriété sur les membres qui lui étaient soumis : ainsi l'on ne demandait jamais le consentement de la mère, parce qu'elle n'avait point de puissance paternelle; l'enfant sorti de sa famille et entré dans une autre par adoption ne demandait pas le consentement de son père naturel, mais bien celui de l'adoptant, auquel il était soumis; enfin l'enfant libéré de la puissance paternelle et devenu *sui juris* n'avait plus besoin du consentement de son père. Cependant Valens et Valentinien, après eux Honorius et Théodose, exigèrent que la fille mineure de vingt-cinq ans, bien qu'émancipée, prît encore le consentement de son père, et, si ce dernier était mort, le consentement de la mère et des proches parents (5). Ces dispositions étaient des dérogations totales aux principes du droit primitif.—Lorsque des enfants étaient soumis avec leur père à la puissance de leur aïeul, on pourrait croire qu'ils n'avaient besoin, pour se marier, que du consentement de ce dernier, auquel ils étaient soumis. Cela était vrai pour la fille, mais non pour le fils, qui eût été obligé d'obtenir à la fois le consentement du père et celui de l'aïeul (6). Voici le principe sur lequel repose cette différence: L'aïeul pouvait bien, de sa propre volonté, renvoyer de sa famille ses petits-fils sans le consentement du fils, leur père, et diminuer ainsi la famille que ce dernier devait avoir un jour en sa puissance; mais il ne pouvait, sans le consentement du fils, introduire parmi les enfants de ce dernier de nouvelles personnes, et augmenter ainsi sa famille future, de peur de lui donner malgré lui de nouveaux héritiers (*ne*

(1) D. 23. 2. 4. f. Pomp. — (2) D. 23. 2. *De rit. nupt.* 2. f. Paul. — (3) *Ib.* f. 21. — (4) *Ib.* f. 16. § 2. — (5) C. 5. 4. 18 et 20. — (6) D. 23. 2. 16. § 1.

2. Consent

ei invito suus heres agnascatur) (1). Or l'aïeul, en mariant par sa seule volonté son petit-fils, aurait exposé le père de ce dernier à avoir un jour sous lui les enfants issus de ce mariage, ce qui n'avait pas lieu pour la petite-fille, parce que les enfants ne suivent jamais la famille de leur mère. — Le consentement du chef de famille peut être tacite (2). — S'il refusait à tort de marier ses enfants, ou s'il ne se mettait nullement en peine de le faire, il pourrait y être forcé par les présidents des provinces, en vertu d'une constitution de Sévère et Antonin (3).

Præcedere debeat. C'est une question controversée que de savoir si le mariage contracté sans le consentement du chef de famille pouvait être ratifié par la suite. Sans aucun doute, le chef pouvait donner son consentement, et le mariage, dès ce moment, devenait légitime; mais ce consentement était-il une véritable ratification ayant un effet rétroactif? Il faut décider que non; le mariage n'était pas validé dans le passé où il n'avait pas existé; il commençait seulement à être valable pour l'avenir. On peut assimiler ce cas, en quelque sorte, à celui où l'un des époux était impubère : au moment où il atteignait la puberté, le mariage devenait *justes noces,* mais sans effet rétroactif (4).

Super filio variabatur. Le chef de famille étant fou ou furieux, ne pouvait donner son consentement; fallait-il pour cela que ses enfants ne pussent se marier? On le permettait à la fille, mais pour le fils les avis des jurisconsultes étaient partagés, et cela parce que le mariage de la fille ne pouvait jamais donner au chef de nouveaux membres dans sa famille, tandis que le mariage du fils devait lui amener tous les enfants qui en naîtraient. Justinien, dans une constitution, le permet au fils et à la fille, pourvu qu'en présence du curateur et des parents les plus notables de leur père, ils fassent agréer la personne qu'ils veulent épouser, régler la dot et la donation nuptiale par le préfet de la ville à Constantinople, par le président ou les évêques de la cité dans les provinces (5). — De même, en cas de captivité du père chez l'ennemi, ou de disparition sans nouvelles, les enfants pouvaient, au bout de trois ans, se marier, bien que la puissance paternelle ne fût pas détruite et que le chef dût la reprendre à son retour (6).

Un texte de Paul semble dire qu'une fois contracté sans le consentement du chef de famille, le mariage ne serait point dissous : « *Sed contracta non solvuntur* »; mais ce serait là une idée bien contraire à l'esprit des Romains. L'énergie de la puissance paternelle les avait poussés, au contraire, à voir dans le chef le pouvoir de dissoudre à sa volonté, malgré même l'accord des époux, un mariage régulièrement contracté. C'est une prétention dont l'abus s'est conservé en certains pays, et nous citerons naguère encore

(1) Inst. 1. 11. 7. — (2) C. 5. 4. 2 et 5. — (3) D. 23. 2. 19. f. Marc. — (4) D. 23. 2. 4. — (5) C. 5. 4. 25. — (6) D. 23. 2. 9. § 1. f. Ulp. et 10 f. Paul. — D. 49. 15. 12. § 3 f. Tryph.

la Moldavie. Paul fait allusion à une constitution de Marc-Aurèle qui l'interdisait, à moins de cause grave et juste, se rattachant au divorce : « Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit. » — « Nisi magna et justa causa interveniente (1). »

Avant de passer à la troisième condition, le *connubium,* il est bon d'ajouter que, pour pouvoir se marier, il faut encore être libre, car si l'on est déjà engagé dans une première union (2) ou dans les ordres ecclésiastiques (3), on ne peut se marier; de même si l'on est castrat (4), à moins, dans ce dernier cas, que la femme n'y consente.

106. 3° Le *connubium.* Il est indispensable d'abord de fixer la valeur de cette expression, généralement mal connue. *Connubium* ne signifie pas mariage; et, lorsqu'on dit *jus connubii* pour *droit de mariage,* on se sert d'une locution qui n'est pas latine. Dans un sens large on pourrait l'entendre pour la faculté générale de prendre une femme légitime, suivant cette définition d'Ulpien : « *Connubium est uxoris jure ducendæ facultas* (5). » Mais dans sa véritable et propre signification il désigne la capacité relative de s'unir à telle personne. Ainsi, pour qu'un mariage soit légitime, il faut d'abord que chacun des conjoints soit individuellement capable de se marier; mais il faut de plus qu'ils soient capables de se marier l'un à l'autre. C'est cette capacité relative qui doit exister entre eux que l'on nomme *connubium.* — La capacité relative de s'unir en justes noces existait entre les citoyens romains, mais non entre les citoyens et les Latins ou les étrangers; c'était en effet un droit civil : « Connubium habent cives romani cum civibus romanis; cum Latinis autem et peregrinis, ita si concessum sit (6); » ce texte même nous prouve que ce droit était accordé quelquefois exceptionnellement. Un mariage contracté sans cette sorte de *connubium* aurait été cependant tenu pour mariage du droit des gens, témoin l'accusation d'adultère admissible contre la femme (*Coll. leg. Mos. et Rom.,* IV, 5, frag. de Papinien); car la loi contre l'adultère concerne tous les mariages, dit Ulpien : « *ad omnia matrimonia pertinet* » (Dig., 48, 5, *De adult.,* 13, § 1). — Aucun *connubium* n'existait avec les esclaves : « *Cum servis nullum est connubium* (7). »

Même entre citoyens, le *connubium* n'existait pas toujours. Ainsi entre parents et alliés à certains degrés. Les Instituts étant diffus sur ce sujet, nous en présenterons d'abord le sommaire, sauf à en venir ensuite à de brèves explications sur le texte.

La parenté naturelle, la *cognation* proprement dite, c'est-à-dire le lien qui existe entre personnes unies par le sang (*cognati*), et descendant l'une de l'autre ou d'une souche commune, est dans plusieurs cas un empêchement au *connubium.* Il en est de même à plus forte raison de la parenté civile (l'*agnation*), ce lien qui

(1) V. Paul. *Sent.,* liv. 2, tit. 19. § 2. — Liv. 5, tit. 7. § 15. — Cod. 5. 17. *De repudiis,* 5. — (2) C. 5. 5. 2. — (3) C. 1. 3. 44. — Nov. 6. c. 1. § 7. — (4) D. 23. 3. 39. § 1. — (5) Ulp. *Reg.* tit. 5. § 3. — (6) *Ib.* § 4. — (7) Ulp. *Reg.* t. 5. § 5.

unit entre eux les membres de la famille civile (*agnati*). Les prohibitions pour l'une et pour l'autre parenté sont les mêmes. Seulement il faut remarquer que la cognation tenant à un fait naturel et immuable, la naissance, ne peut jamais cesser, et que, par conséquent, l'empêchement qu'elle produit ne peut être levé. Au contraire, l'agnation ne tient qu'à un fait civil, l'existence dans la même famille; elle est complétement détruite si ce fait cesse : ce qui arrive pour le membre renvoyé de la famille (*émancipé*). Dans ce cas, si l'agnation ne se joint à aucun lien naturel, si elle provient d'une adoption, une fois dissoute, l'empêchement au *connubium* est détruit aussi, parce que les membres restés dans la famille ne sont plus liés par aucune parenté à celui qui en est sorti. — Ces préliminaires exposés, nous pouvons dire que, sans distinction entre l'agnation et la cognation, le mariage est prohibé : 1° entre personnes descendant directement l'une de l'autre, à l'infini : « Inter parentes et liberos infinite, cujuscumque gradus, connubium non est (1). » 2° Entre l'oncle et la nièce, petite-nièce, arrière-petite-nièce, etc., à l'infini, et réciproquement entre la tante et le neveu, petit-neveu, etc. 3° Enfin entre le frère et la sœur. Les autres parents peuvent s'unir. — Si l'empêchement provient d'une agnation produite par adoption, il cesse, soit que l'adopté ait été renvoyé de la famille, parce qu'alors il n'est plus l'agnat d'aucun membre; soit que, l'adopté restant dans la famille, la personne qu'il doit épouser en ait été renvoyée, parce que celle-ci n'est plus agnat d'aucun membre. Cependant, par un motif de convenance, le père adoptif ne pouvait jamais épouser sa fille, sa petite-fille adoptive, etc., bien qu'il les eût renvoyées de sa puissance et de sa famille.

I. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarumdam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personæ inter se coïerint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi : in tantum ut, etiam dissoluta adoptione, idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

1. On ne peut pas épouser toute femme, il en est auxquelles on ne doit point s'unir. Le mariage, en effet, est prohibé entre les personnes placées l'une envers l'autre au rang d'ascendant et de descendant : par exemple, entre le père et la fille, l'aïeul et la petite-fille, la mère et le fils, l'aïeule et le petit-fils, jusqu'à l'infini. Les noces contractées entre ces personnes sont dites criminelles et incestueuses. De telle sorte que, dans le cas même où la qualité d'ascendant et de descendant n'est due qu'à l'adoption, le mariage n'en est pas moins prohibé, et même, après l'adoption dissoute, la prohibition subsiste toujours. Ainsi, celle qui, par adoption, est devenue ta fille ou ta petite-fille, tu ne pourras l'épouser, même après l'avoir émancipée.

II. Inter eas quoque personas quæ *ex transverso gradu* cognationis jungun-

2. Entre les personnes unies *par la parenté collatérale*, des prohibitions

(1) Ulp. *Reg.* tit. 5. § 6.

tur est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere. Sed et *si tu emancipatus fueris*, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, *si quis generum adoptare velit*, debere eum ante filiam suam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium suum emancipare.

existent aussi, mais moins étendues. Les noces sont bien défendues entre le frère et la sœur, qu'ils soient issus du même père et de la même mère, ou de l'un des deux seulement; mais lorsque, par adoption, une femme est devenue ta sœur, tu ne peux sans doute l'épouser tant que dure l'adoption; mais si l'adoption est dissoute par l'émancipation, rien ne s'oppose plus au mariage; et cela a lieu aussi dans le cas où c'est toi qui as été émancipé. Aussi est-il constant que si quelqu'un veut adopter son gendre, il doit auparavant émanciper sa fille; et si l'on veut adopter sa bru, il faut commencer par émanciper son fils.

107. *Ex transverso gradu.* Nous verrons plus tard (liv. 3, t. 6) que la parenté est ascendante, descendante ou collatérale (*superior, inferior, ex transverso, quæ etiam a latere dicitur*) (1) : la première est celle qui se compte en remontant des enfants aux aïeux; la seconde, celle qui se compte en descendant des aïeux aux enfants; la troisième, celle qui unit les personnes qui, sans descendre l'une de l'autre, ont cependant une souche commune, c'est-à-dire les frères, les sœurs et leurs descendants (*superior cognatio est parentum; inferior, liberorum; ex transverso, fratrum sororumve, et eorum qui quæve ex eis generantur*) (2). La parenté ascendante et la parenté descendante se désignent par l'épithète commune de parenté *directe*. Les prohibitions de mariage qu'elles font naître sont exposées dans le paragraphe précédent; il s'agit ici de la parenté collatérale.

Si tu emancipatus fueris. Quand une personne est adoptée, l'agnation qui l'unit à l'un quelconque des membres de la famille ne tient qu'à la qualité commune de membre de la même famille; or cette qualité cesse, et avec elle l'agnation, lorsque l'un des deux membres, soit l'adopté, soit l'autre, est renvoyé de la famille : d'où il suit que celui qui veut marier sa fille adoptive avec son fils peut rendre le mariage licite, soit en émancipant le fils, soit en émancipant la fille adoptive.

108. *Si quis generum adoptare velit.* Ceci ne nous indique pas une prohibition au mariage, mais plutôt une prohibition à l'adoption. Nous venons de voir que deux personnes ayant la qualité de frères ne peuvent devenir époux; nous voyons ici la réciproque : c'est que deux personnes ayant la qualité d'époux ne peuvent devenir frères. Ainsi, lorsqu'un homme veut adopter son gendre, comme ce dernier par l'adoption serait introduit en qualité de fils dans la famille où se trouve sa femme, et qu'il deviendrait le frère agnat de celle dont il est déjà le mari, l'adop-

(1) Voir également tome I, *Généralisation du droit romain*, n°s 62 et suiv. — (2) INST. 3. 6. p.

tion ne pourra avoir lieu qu'autant que le père commencera par faire sortir sa fille de la famille en l'émancipant. De cette manière l'un des époux sortira, l'autre prendra sa place; et ces actes ne seront pas sans importance, car la fille perdra tous ses droits de famille, et le mari les acquerra.

III. Fratris vero, vel sororis filiam, uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis *quarto gradu sint*. Cujus enim filiam uxorem ducere non licet, *neque ejus neptem permittitur*. Ejus vero *mulieris* quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.

3. On ne peut prendre pour femme la fille de son frère ou de sa sœur; ni leur petite-fille, bien qu'on soit *au quatrième degré*. Car lorsque le mariage n'est point permis avec la fille, *il ne l'est pas non plus avec la petite-fille*. Mais quant *à la femme* adoptée par votre père, rien ne s'oppose à ce que vous épousiez sa fille, car elle ne vous est liée ni par le droit naturel, ni par le droit civil.

Quarto gradu sint. En ligne directe on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes : le fils est à l'égard du père au premier degré, le petit-fils au deuxième, etc. En ligne collatérale on compte les degrés par les générations, en remontant de l'un des parents jusqu'à l'auteur commun qu'on ne compte pas, et redescendant de l'auteur commun jusqu'à l'autre parent. Ainsi, le frère et la sœur sont au deuxième degré; l'oncle et la nièce au troisième, le grand-oncle et la petite-nièce au quatrième (Inst., liv. 3, t. 6).

Neque ejus neptem permittitur. Il est des collatéraux qui sont en quelque sorte au rang d'ascendants, ce sont les oncles et tantes (*loco parentum habentur*) (1). Mais s'ils sont au rang d'ascendants pour la fille, à plus forte raison le seront-ils pour la petite-fille, l'arrière-petite-fille, etc. Ainsi, lorsqu'on ne peut épouser la fille parce qu'on est au rang d'ascendant par rapport à elle, à plus forte raison ne peut-on pas épouser la petite-fille, l'arrière-petite-fille, etc. Telle est la règle de droit que les Instituts énoncent, et qu'il faut bien se garder d'appliquer à d'autres qu'aux parents qui se trouvent au rang d'ascendants, parce qu'elle serait fausse pour les autres : par exemple, en ligne directe en remontant, le petit-fils ne peut épouser la fille de son aïeul, sa tante; et cependant il peut en épouser la petite-fille, sa cousine. — Cette prohibition de mariage entre l'oncle et la nièce avait jadis reçu une atteinte. Claude voulait épouser Agrippine, sa nièce, fille de son frère Germanicus, et une loi déclara le mariage licite entre l'oncle et la fille du frère seulement (2), disposition qui fut enfin abrogée par Constantin (3).

Ejus mulieris. Comme les enfants ne suivent point la famille de leur mère, lorsqu'une femme entre par adoption dans une famille, ses enfants, qu'ils existassent déjà au moment de l'adoption, ou qu'ils soient nés depuis, sont toujours étrangers à cette famille :

(1) Inst. h. t. § 5. — D. 23. 2. 39. f. Paul. — (2) Suet. in *Claud.* 26. — Ulp. *Reg.* tit. 5. § 6. — Gaius. 1. § 62. — (3) Cod. Theod. 1. 2. *De incest. nupt.*

civilement, puisqu'ils n'y sont point entrés; naturellement, puisqu'il n'y a aucun lien de sang. Voilà pourquoi celui qui ne pourrait pas épouser la femme adoptée, parce qu'elle est sa sœur adoptive, peut épouser les enfants de cette sœur. Mais la chose n'aurait point lieu dans le cas de l'adoption d'un homme pour les enfants nés depuis; ni même pour ceux nés auparavant, dans le cas d'adrogation; parce que ces enfants entrent dans la famille adoptive, et que, par conséquent, un lien d'agnation s'établit entre eux et tous les membres de cette famille. Aussi le texte porte-t-il *mulieris*.

IV. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi possunt.

4. Mais les enfants de deux frères, de deux sœurs, ou de frère et sœur, peuvent s'unir.

109. L'influence de la religion chrétienne fit défendre par plusieurs empereurs le mariage entre cousins; mais une constitution d'Arcadius et Honorius le permit de nouveau (1), et ce droit fut maintenu.

V. Item *amitam*, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec *materteram*, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

5. Pareillement on ne peut épouser sa tante paternelle, même adoptive, ni sa tante maternelle, parce qu'elles sont au rang d'ascendantes; le même motif empêche qu'on ne puisse épouser sa grand'tante paternelle ou maternelle.

110. On avait indiqué plus haut la prohibition de mariage avec l'oncle ou le grand-oncle; on indique ici la prohibition avec la tante ou la grand'tante. La tante paternelle (*amita*) est la sœur du père; la tante maternelle (*matertera*) la sœur de la mère. Il est à remarquer que, par adoption, on ne pouvait avoir que des tantes paternelles, toujours parce que les enfants ne suivent point la famille de la mère (2). Aussi le texte n'applique-t-il les mots *licet adoptivam* qu'à la tante paternelle.

111. Ici s'arrêtent les prohibitions provenant de la parenté. L'alliance est aussi un empêchement au *connubium*. On nomme alliance (*affinitas*) le lien que le mariage établit entre les deux cognations des époux. Quoique ces deux cognations fussent naturellement séparées, elles se trouvent liées par le mariage : « Duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur (3); » les époux étant compris dans leur cognation respective, chacun d'eux devient l'allié de tous les parents de l'autre; de plus les parents des deux époux deviennent alliés entre eux. Cependant le lien d'alliance entre ces derniers était peu étroit; il ne formait aucun obstacle au mariage, et ne produisait pour ainsi dire d'effet que dans les relations amicales de famille; on n'avait pas même de noms particuliers pour désigner ces différents alliés (4). Quant

(1) C. 5. 4. 19. — (2) D. 1. 7. 23. f. Paul. — D. 23. 2. 12. § 4. f. Ulp. — (3) D. 38. 10. 4. § 3. f. Modest. — (4) Aussi, dans nos mœurs et dans notre droit actuel, ne considère-t-on comme allié que chaque conjoint par rapport aux parents de l'autre.

à l'alliance entre chacun des époux et les parents de l'autre, elle était marquée par différents noms : tels que ceux de *socer*, beau-père; *socrus*, belle-mère; *gener*, gendre; *nurus*, bru; *vitricus*, parâtre; *noverca*, marâtre; *privignus*, beau-fils; *privigna*, belle-fille (1); elle produisait des empêchements, mais pas aussi étendus que la parenté : ainsi le mariage était prohibé en ligne directe à l'infini entre le beau-père et sa fille, sa petite-fille par alliance, etc., de même entre la belle-mère et son fils, son petit-fils par alliance; mais, en ligne collatérale, il était prohibé seulement entre le beau-frère et la belle-sœur.

VI. Affinitatis quoque veneratione quarumdam nuptiis abstinendum est, ut ecce : *privignam aut nurum* uxorem ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris, quia ea duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est si mater ejus tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

6. Par respect pour l'alliance, il est encore des femmes auxquelles on ne doit point s'unir : ainsi l'on ne peut épouser ni sa belle-fille ni sa bru, parce que l'une et l'autre sont au rang de fille. Ce qui doit s'entendre néanmoins de celle qui a été votre bru ou votre belle-fille. Car si elle est encore votre bru, c'est-à-dire si elle est encore unie à votre fils, une autre raison vous empêche de l'épouser; c'est qu'elle ne peut être la femme de deux maris à la fois. De même, si elle est encore votre belle-fille, c'est-à-dire si sa mère est encore votre femme, c'est parce qu'il n'est point permis d'avoir deux femmes à la fois, que vous ne pouvez l'épouser.

112. *Privignam aut nurum*. Vous pouvez avoir une fille par alliance de deux manières : 1° lorsque vous épousez une femme ayant déjà une fille d'un premier mariage, cette fille devient votre belle-fille (*privigna*); 2° lorsque votre fils se marie, sa femme devient votre bru (*nurus*).

VII. *Socrum* quoque et *novercam* prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum, dissoluta demum affinitate, procedit. Alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non possis.

7. De même on ne peut prendre pour femme sa belle-mère ou sa marâtre, parce qu'elles sont au rang de mère; prohibition qui n'a d'effet qu'après la dissolution de l'alliance. Car si elle est encore votre marâtre, c'est-à-dire si elle est encore la femme de votre père, c'est le droit des gens qui l'empêche de vous épouser, parce qu'elle ne peut avoir deux maris à la fois. De même, si elle est encore votre belle-mère, c'est-à-dire si sa fille est encore votre femme, ce qui vous empêche de l'épouser, c'est que vous ne pouvez avoir deux femmes à la fois.

113. *Socrum, novercam*. L'une est la mère de votre femme, l'autre est la femme de votre père, toutes les deux sont votre mère par alliance.

(1) D. 38. 10. 4. § 4. f. Modest.

Il faut remarquer le motif sur lequel se fonde la prohibition du paragraphe précédent et de celui-ci. Ce motif, c'est que le beau-père et la belle-mère, le parâtre et la marâtre, sont au rang d'ascendants (*loco parentum sunt*). Aussi la prohibition doit-elle s'étendre à l'infini à tous les degrés de cette alliance (1).

Les Instituts ne disent rien du mariage entre beau-frère et belle-sœur. Il fut permis jusqu'au temps de Constantin; mais ce prince le défendit dans une constitution insérée au code Théodosien (2). Cette prohibition fut renouvelée par Valentinien, Théodose et Arcadius, en ces termes : « Nous défendons absolument d'épouser la femme de son frère, ou les deux sœurs, de quelque manière que le mariage ait été dissous (3). »

VIII. Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

8. Néanmoins, le fils issu du mari et d'une autre femme, la fille issue de la femme et d'un autre mari, ou réciproquement, s'unissent valablement, lors même qu'ils ont un frère ou une sœur nés du second mariage.

114. Un homme et une femme, ayant l'un un fils, l'autre une fille d'un premier lit, se marient; bien que l'alliance s'établisse entre les deux cognations, et par conséquent entre les enfants de chaque conjoint, cependant elle n'est point un obstacle au mariage de ces enfants. En effet, le lien d'alliance, comme nous l'avons déjà dit, était peu étroit entre les parents des deux époux; il ne produisait d'effet que dans les relations de famille, mais non dans les lois. Aussi aucune constitution n'avait prohibé le mariage entre les enfants d'un premier lit, et nous avons ici un texte qui le permet formellement.

IX. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna tua; sed Julianus hujusmodi nuptiis abstinere debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse; rectius tamen et jure facturos eos, qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint.

9. Si, après le divorce, ta femme a eu d'un autre une fille, celle-ci n'est point ta belle-fille; mais Julien dit qu'on doit éviter une pareille union; car il est certain que la fiancée du fils n'est point la bru du père, que la fiancée du père n'est point la marâtre du fils; cependant on agira mieux, et selon le droit, en s'abstenant de semblables noces.

115. Quoiqu'il n'y ait ni cognation ni alliance entre deux personnes, des motifs de convenance et d'honnêteté publique suffisent quelquefois pour empêcher qu'il n'y ait entre elles *connubium*. Ainsi l'adoptant, nous l'avons déjà dit, ne peut épouser, même après l'avoir émancipée, celle qu'il avait adoptée, quoiqu'elle ait cessé depuis l'émancipation d'être sa fille. De même il ne peut épouser, même après l'émancipation, celle qui a été la femme de son fils adoptif, quoique, depuis l'émancipation, elle ait cessé

(1) D. 23. 2. 14. § 4. f. Paul. — (2) Cod. Theod. 1. 2. *De incest. nupt.* — (3) C. 5. 5. 5.

d'être sa bru (1). — Les Instituts nous donnent encore deux autres exemples : un homme divorce d'avec sa femme, celle-ci contracte un second mariage, il en naît une fille; elle n'est point la belle-fille (*privigna*) du mari de sa mère, puisqu'elle est née à une époque où le premier mariage, étant rompu, ne produisait plus aucun lien ; cependant ce premier mari ne pourra point l'épouser, parce qu'il n'est pas convenable que celui qui a été le mari de la mère soit encore le mari de la fille. — Les fiançailles n'étaient, comme nous l'avons dit, qu'un projet, qu'une promesse de mariage; elles ne produisaient point d'alliance (*affinitas*) : ainsi la fiancée du fils n'était pas la bru du père (*nurus*), la fiancée du père n'était point la marâtre du fils (*noverca*); et cependant, comme il n'était pas convenable que le père épousât celle qui avait été destinée à son fils, et réciproquement, les jurisconsultes voulaient qu'on s'abstînt de pareilles noces.

X. Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.	**10.** Sans aucun doute les cognations formées en esclavage sont un empêchement aux noces, s'il arrive que le père et la fille, le frère et la sœur soient affranchis.

La cognation purement naturelle et contractée hors justes noces est aussi un empêchement au mariage, parce que, sur cette matière, il faut obéir au droit naturel et aux règles de la pudeur (*quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est* (2). De là deux conséquences : — 1° Bien que l'union des esclaves (*contubernium*) fût purement naturelle, bien que la cognation qu'elle produisait ne fût comptée par aucune loi (3), cependant, comme le lien du sang n'en existait pas moins, à défaut de lois les mœurs prohibèrent les noces entre les affranchis cognats : « Hoc jus moribus, non legibus introductum est (4). » Bien plus : la prohibition s'étendit à l'alliance : « Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est (5). » De sorte qu'après la manumission, l'affranchi n'aurait pu s'unir à celle qui avait vécu *in contubernio* avec son père ou avec son fils, parce que naturellement elle était en quelque sorte sa marâtre ou sa belle-fille. Nous supposons toujours une manumission, car il était évident que, tant que l'esclavage durait, il ne pouvait être question de justes noces. — 2° Le concubinat, et même un commerce illicite, produisaient aussi des empêchements. Ainsi, un père, un frère, ne peuvent épouser la fille, la sœur issue d'une concubine, ou d'un commerce illicite et non reconnu (*vulgo quæsita*). Dans ce dernier cas cependant rien n'indique légalement la paternité; mais les circonstances de fait peuvent la faire présumer, et cette présomp-

(1) D. 23. 2. 14. pr. et § 1. f. Paul. — (2) D. 23. 2. 14. § 2. f. Paul. — (3) Théoph. h. t. — Inst. 3. 6. 10. — (4) D. *ib.* 8. f. Pomp. — (5) D. *ib.* 14. § 3.

tion suffit pour empêcher le mariage (1). L'espèce d'alliance naturelle que produit le concubinat est encore un empêchement, et nous trouvons au Code une constitution qui prohibe les noces entre les fils et la concubine du père (2).

XI. Sunt et aliæ personæ quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum, ex veteri jure collectarum, enumerari permisimus.

11. Il est encore d'autres personnes entre qui les noces sont prohibées pour différentes causes que nous avons fait énumérer dans les livres du Digeste ou Pandectes, recueil de l'ancien droit.

Les empêchements au *connubium*, que nous avons examinés jusqu'ici, reposent en général sur une morale naturelle, et dans tout le cours de la législation romaine ils ont subi peu de variations; mais des considérations politiques ou d'ordre public avaient produit des prohibitions qui varièrent à différentes époques.

116. D'après les Douze Tables, il n'y avait point de *connubium* entre les patriciens et les plébéiens : « *Ne connubium patribus cum plebe esset, Decemviri tulerunt* » (tom. I, *Hist.*, tab. XI, p. 117). Nous avons parlé des dissensions allumées par cette défense, du plébiscite LEX CANULEIA, qui les fit cesser en permettant le mariage entre les deux castes (tom. I, *Hist.*, n° 150) (3).— De même il n'y avait point de *connubium* entre les ingénus et les affranchis, et ce fut la loi PAPIA POPPÆA qui permit leur mariage (4). —Nous avons déjà parlé plusieurs fois de cette loi, ainsi que de la loi JULIA, rendues sous Auguste, et formant ensemble une époque si distincte dans la législation relative aux noces (tom. I, *Hist.*, n°s 353 et suiv.) La loi JULIA, entre autres dispositions, défendait aux sénateurs et à leurs enfants de s'unir à des affranchies; elle le permettait aux autres ingénus : mais ni les uns ni les autres ne pouvaient épouser des comédiennes, des prostituées, des femmes faisant commerce de prostitution, surprises en adultère, condamnées sur une accusation publique (5).—Cette loi fut encore étendue par Constantin, qui défendit aux sénateurs, sous peine d'infamie, d'épouser des filles d'affranchis, de gladiateurs, des femmes d'auberge ou filles d'aubergistes, des revendeuses, toutes personnes réputées viles et abjectes (*humiles abjectæve personæ*) (6). Mais on ne rangeait pas dans cette classe les femmes auxquelles on ne pouvait reprocher que leur pauvreté (7).—Justinien, épris de Théodora, fille d'un cocher du cirque et comédienne elle-même, obtint de son oncle Justin (8), qui régnait encore, une constitution insérée dans le Code. Cette constitution établit que, lorsqu'une comédienne aurait abandonné cette profession, tout le déshonneur qui l'avait frappée cesserait, et elle deviendrait capable de s'unir aux personnes même les plus élevées : « Car, dit l'empereur,

(1) D. 23. 1. 2. 14. § 2. f. Paul. — *Ib.* 54. f. Scævol. — (2) C. 5. 4. 4. — (3) TIT. LIV. 4. 6. — (4) TIT. LIV. 39. 19. — D. 23. 2. 23. f. Cels. — (5) ULP. *Reg.* tit. 13 — D. 23. 2. fr. 41. 42 et suiv. V. pour la sanction de ces lois, App. II. — (6) C. 5. 27. 1. — (7) C. 5. 5. 7. — (8) PROCOP. *Anecd.*

nous devons imiter, autant qu'il est possible à notre nature, la bonté de Dieu et sa clémence infinie envers les hommes, lui qui chaque jour daigne pardonner nos péchés, recevoir notre repentir et nous ramener à une vie meilleure (1). » Enfin Justinien, dans une novelle, alla plus loin, et permit, de quelque dignité que l'on fût revêtu, d'épouser les femmes que la constitution de Constantin désignait comme abjectes (2).—Le mariage était prohibé encore entre le tuteur, le curateur ou leur fils, et la pupille adulte, à moins qu'elle ne leur eût été fiancée ou destinée par le père (3). Le motif de cette prohibition était la crainte que le tuteur ou curateur ne profitât de ce mariage pour se dispenser de rendre ses comptes ou pour en rendre d'inexacts. Quoique le compte fût rendu, il ne pouvait épouser sa pupille que lorsqu'elle avait atteint l'âge de vingt-six ans, parce que jusque-là elle pouvait se faire restituer (4);—Entre celui qui exerce une charge dans une province, comme un préfet, un président, un préfet militaire ou leur fils, et une femme originaire de cette province ou y ayant son domicile; on craignait qu'il n'abusât de son autorité (5). L'empêchement cesse lorsque les fonctions sont finies; — Entre le ravisseur et la personne ravie (6);—Entre la femme adultère et son complice (7);—Entre un juif et une chrétienne, et réciproquement (8).

XII. Si adversus ea quæ diximus, aliqui coïerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coïtu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his pater incertus est. Unde solent spurii appellari vel a græca voce quasi σποράδην concepti, vel sine patre filii. Sequitur ergo ut, dissoluto tali coïtu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, *et alias pœnas* patiuntur quæ sacris constitutionibus continentur.

12. Lorsque, contrairement à ce que nous venons de dire, quelque union est formée, on n'y doit voir ni époux, ni épouse, ni noces, ni mariage, ni dot. Les enfants qui en sont issus ne sont point sous la puissance du père; mais sous ce rapport, ils sont assimilés aux enfants vulgairement conçus. Ces derniers, en effet, sont censés n'avoir point de père, parce que leur père est incertain. C'est pour cela qu'on les nomme *spurii*, c'est-à-dire d'après le mot grec σποράδην (vulgairement) enfants sans père. A la dissolution d'une union pareille on ne peut exiger ni dot ni donation. De plus, ceux qui contractent des noces prohibées subissent d'autres peines indiquées par les constitutions impériales.

117. Quand les conditions exigées pour les justes noces ne sont point remplies : lorsque quelque loi est violée, par exemple, parce que l'un des époux est impubère, parce qu'il n'y a pas consentement du chef de famille, parce qu'il n'y a pas *connubium*, alors l'union n'est point un mariage légitime, et partant il n'y a ni *vir*,

(1) C. 5. 4. 23. — (2) Nov. 117. c. 6. — (3) D. 23. 2. fr. 36. 60. 64, etc. — C. 5. 6.— (4) D. 23. 2. 66.—C. 5. 6. 6.—(5) D. 23. 2. fr. 38. 57, etc. — (6) C. 9. 13. *De rapt. virg.* const. Justinian. § 1. — (7) Nov. 134. c. 12. — (8) C. 1. 9. 6.

ni *uxor*, ni dot, ni donation à cause de noces, ni puissance paternelle, puisque tous ces effets accompagnent seulement les justes noces. La nullité du mariage est donc la première peine qui frappe ces unions; de plus, tout ce qui avait été constitué en dot ou en donation est confisqué (1), et des peines sévères sont portées contre les coupables, si les noces sont entachées de bigamie ou d'inceste (2). — La nullité n'existait que pour le droit civil si l'empêchement était tel qu'il laissât subsister un mariage de droit des gens; et même, dans le cas des prohibitions spéciales de la loi JULIA, la seule conséquence était qu'un tel mariage ne comptait pas pour soustraire aux peines du célibat. C'était à de telles hypothèses que s'appliquait l'expression de *uxor injusta*.

Tout commerce coupable et contraire aux mœurs était désigné chez les Romains par le terme générique de *stuprum*. Quelles que fussent les circonstances plus ou moins aggravantes dont il fût accompagné : par exemple, qu'il y eût violence ou non, commerce entre un homme et une femme mariés, entre parents ou alliés au degré prohibé, le terme de *stuprum*, pris dans le sens le plus étendu, était applicable dans tous ces cas (3). Néanmoins dans les deux derniers on avait les expressions spéciales d'adultère (*adulterium*) et d'inceste (*incestum*) (4). Les enfants produits d'un *stuprum* se nommaient *spurii*, ils étaient vulgairement conçus (*vulgo concepti*, *vulgo quæsiti*) : aucune présomption de paternité n'existait pour eux, et leur conception pouvait, pour ainsi dire, être attribuée vulgairement à tout le monde.

Et alias pœnas. Les peines pour ces divers crimes ont subi diverses variations, et étaient soumises à diverses distinctions que plus tard nous ferons connaître. Celles que portent les Instituts sont : pour le *stuprum* sans violence, la confiscation d'une moitié des biens, ou quelque peine corporelle, avec relégation; pour le *stuprum* avec violence, la mort; de même pour l'adultère (peine adoucie par la Novelle 134), la polygamie ou l'inceste (5).

Effets des justes noces.

118. Quant aux personnes, l'homme prend le titre de *vir*, la femme celui de *uxor*. Le mari doit protéger et entretenir sa femme; celle-ci partage ses honneurs et ses dignités (6); elle lui doit obéissance et respect (7); elle n'a d'autre domicile que le sien. Nous parlerons séparément de la puissance maritale (*manus*), qui jadis

(1) D. 23. 2. 61. f. Papin. — C. 5. 5. 4. — (2) V. quant à ce passage de PAUL « ... *Sed contracta non solvuntur* », l'explication donnée ci-après, n° 105. — (3) D. 48. 5. 6. § 1. — 50. 16. 101. — 48. 5. 38. § 1. — C. 5. 4. 4. — (4) Nous ne dirons rien ici de ce crime hideux, contraire à la nature, si commun parmi les Romains, et dont les jurisconsultes et les lois étaient obligés de s'occuper. *Il* était compris aussi dans l'expression de *stuprum* (D. 48. 5. 34. § 1), et puni de mort (INST. 4. 18. § 4). — (5) INST. 4. 18. §§ 4 et 8. — (6) D. 1. 9. fr. 1. § 1, et fr. 8. — C. 10. 39. 9. — (7) D. 24. 3. 14. § 1.

accompagnait quelquefois les justes noces. — Les enfants conçus pendant la durée du mariage sont au mari (*Pater is est quem nuptiæ demonstrant*), et cette présomption ne saurait être démentie que par des preuves certaines (1). L'enfant est réputé conçu encore pendant le mariage s'il n'est pas né plus de dix mois après sa dissolution (2). La puissance paternelle résulte toujours des justes noces sur les enfants qui en sont issus, et ce n'est même qu'à l'occasion de cette puissance que les Instituts s'occupent du mariage.

119. Quant aux biens, voici quelques idées générales, sauf à les développer plus tard : ordinairement, par un contrat dotal (*instrumentum dotale*), une dot (*dos*) était constituée à la femme. On nommait ainsi les biens apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. Le mari était censé propriétaire de la dot; il en avait la jouissance; il pouvait l'aliéner si elle consistait en objets de consommation ou mis à prix par le contrat, sinon il devait la conserver en nature; il ne pouvait aliéner ni hypothéquer les immeubles dotaux, même avec le consentement de sa femme. A la dissolution du mariage il devait restituer la dot, et l'on avait pour l'y contraindre une action (*rei uxoriæ actio*) (3). Les autres biens de la femme non compris dans la dot se nommaient paraphernaux (*parapherna*); la femme en restait propriétaire, et le mari n'y avait de droits que ceux qu'elle lui abandonnait (4). — De son côté le mari faisait ordinairement une donation (*donatio propter nuptias*), qui avait pour but d'assurer le sort de la femme, des enfants, de compenser en quelque sorte et de garantir la dot. La femme n'avait de droit sur cette donation qu'à la dissolution du mariage; ou bien pendant sa durée, si le mari était forcé par le mauvais état de ses affaires de faire abandon de ses biens à ses créanciers : la femme alors prenait pour elle et pour ses enfants la donation à cause de noces (5).

Dissolution du mariage.

120. Les noces étaient dissoutes par la mort de l'un des époux, par la perte de la liberté, par la captivité, par le divorce (6). De ces modes le dernier recevra seul ici quelque développement. — Les Romains n'avaient ni sur la formation du mariage, ni sur sa dissolution, les idées que nous en avons. Comme une certaine classe de contrats, les mariages se formaient par le consentement des parties suivi de la tradition; de même ils se dissolvaient, parce que, disait-on, tout ce qui a été lié est dissoluble (*quoniam quidquid ligatur solubile est*) (7). Aussi le divorce (*divortium, repudium*) remonte-t-il, d'après les historiens, à l'origine de Rome (8);

(1) D. 1. 6. 6. f. Ulp. et tom. I, *Génér.*, nº 177, les textes cités à la note 4. — (2) D. 38. 16. 3. § 11. — (3) D. 23. 3. — C. 5. 12 et suiv. — ULP. *Reg.* tit. 6. — (4) C. 5. 14. — (5) INST. 2. 7. § 3. — C. 5. 3. — (6) D. 24. 2. 1. — Nov. 22. c. 3 et suiv. — (7) Nov. 22. c. 3. — (8) PLUTARQUE. *Romul.*

il fut admis dans les Douze Tables, dont les dispositions à cet égard nous sont inconnues (1). Cependant des écrivains racontent que pendant plus de cinq cents ans nul mari n'osa en donner l'exemple, jusqu'à Sp. Carvilius Ruga, qui fut contraint par les censeurs de répudier sa femme pour cause de stérilité (2). Sans discuter si ce fait est bien réel, on peut remarquer que rien dans l'histoire n'indique que les Romains aient abusé du divorce jusqu'aux dernières années de la république : moment où la dissolution des mœurs fit irruption dans les familles; les titres de *vir* et d'*uxor* perdirent leur dignité, et la durée d'un mariage ordinaire ne dépassa pas celle d'un consulat (3). Les lois d'Auguste, JULIA et PAPIA POPPÆA, commencèrent à diminuer ces abus, et par la suite des constitutions impériales réglèrent le divorce, en fixèrent les causes, et punirent ceux qui étaient faits sans motif. — Le divorce pouvait avoir lieu soit par le consentement des deux époux (*bona gratia*) (4), soit par la volonté d'un seul. Quant au premier cas, Justinien lui-même dit qu'il n'est point nécessaire de s'en occuper, parce que les conventions des parties leur servent de règles (*pactis causam sicut utrique placuit gubernantibus*) (5). Quant au second, il fallait que la femme ou le mari qui voulait répudier son conjoint s'appuyât sur un des motifs qui avaient été fixés, pour la première fois, par Théodose et Valentinien (6); le divorce fait sans cause exposait celui des époux qui l'avait provoqué à des peines établies par les mêmes empereurs, et consistant surtout dans la perte de certains droits pécuniaires. Justinien dans ses Novelles confirma et étendit cette législation (7). L'intervention d'aucun magistrat n'était nécessaire pour opérer le divorce; mais il ne pouvait se faire qu'en la présence de sept témoins (8), et après que l'un des époux avait envoyé à l'autre l'acte de répudiation (*repudium mittere*) (9). Cet acte contenait ces paroles passées en formule : *Tuas res tibi habeto*, Aie avec toi ce qui t'appartient; *tuas res tibi agito*, fais tes affaires toi-même (10). — Si les époux ou l'un d'eux étaient en puissance paternelle, la rigueur de cette puissance était poussée si loin dans le droit primitif, que le droit d'envoyer le *repudium* et de séparer les époux même malgré eux était

---

(1) CICÉRON. *Phil.* 2. — *De orat.* 1. 40. — (2) DENYS D'HALICARNASSE. lib. 2. — VALÈRE-MAXIME. lib. 2. c. 10. — AUL. GEL. lib. 4. c. 3. — (3) SÉNÈQUE. *De benef.* lib. 3. c. 16. — JUVÉNAL. sat. 6. v. 239. — (4) C. 5. 17. 9. — (5) Nov. 22. c. 4. — (6) C. 5. 17. 8. — (7) Nov. 22. c. 15. 16. — Nov. 117. c. 8. 9 et 10. — (8) D. 24. 2. 9. f. Paul. — (9) Voici comment s'exprime là-dessus Théodose : « Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus; solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum. » C. 5. 17. 8. — Il paraît y avoir cette différence entre *divortium* et *repudium*, que *divortium* exprime le fait du divorce, tandis que *repudium* désigne plus spécialement l'acte contenant la déclaration de divorce faite par l'un des époux à l'autre. Modestin signale cette autre différence : c'est que le divorce n'a lieu qu'entre époux, tandis qu'on nomme aussi *repudium* l'acte qui rompt les fiançailles (D. 50. 16. 101. § 1). — (10) D. 24. 2. 2. § 1.

reconnu au chef de famille. Ce pouvoir est restreint par Antonin le Pieux et par Marc-Aurèle, qui ne permettent pas de rompre ainsi, à moins de graves motifs, des unions bien concordantes (1).

121. Après la dissolution du mariage, le mari pouvait en contracter un nouveau sur-le-champ; la femme, afin d'éviter la confusion de part (*turbatio sanguinis*), ne le pouvait qu'après l'année de deuil, sous peine d'infamie (2). Les seconds mariages, nécessaires sous les lois d'Auguste pour échapper aux peines du célibat, furent plus tard réprouvés par les constitutions impériales. La loi Papia ne donnait aux conjoints pour se remarier que deux ans dans le cas de mort, un an et demi dans le cas de divorce (3); Théodose et Valentinien infligèrent à ceux qui se remariaient des peines pécuniaires, et Justinien les imita (4). Auguste visait à la propagation des citoyens; Théodose et Justinien à l'intérêt des enfants du premier lit, car, s'il n'en existait pas, le second mariage n'exposait à aucune peine.

Du concubinat.

122. Le concubinat (*concubinatus*) était le commerce licite d'un homme et d'une femme, sans qu'il y eût mariage entre eux (*licita consuetudo, causa non matrimonii*) (5). Dans les mœurs des Romains, le concubinat était permis, même commun; les lois le distinguaient du *stuprum*, et ne le frappaient d'aucune peine (*extra legis pœnam est*) (6). Mais on sent que, dès qu'une union était entachée de violence ou de corruption sur une personne honnête, dès qu'elle était formée entre personnes mariées, entre parents ou alliés au degré prohibé, elle n'était pas un concubinat, mais bien un *stuprum, adulterium, incestum* : « *Puto solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur* (7). » Ainsi l'homme marié ne pouvait avoir une concubine (8); ainsi on ne pouvait en avoir plusieurs à la fois : c'eût été un libertinage que les lois ne pouvaient tolérer (9).

Le concubinat n'avait rien d'honorable, surtout pour la femme : aussi ne prenait-on guère pour concubines que des affranchies, des femmes qui étaient de basse extraction ou qui s'étaient prostituées : « *In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua : maxime ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit.* » Quant à une femme ingénue et honnête, on devait la prendre comme épouse (*uxorem eam habere*); ou du moins, si l'on ne la voulait que comme concubine, on devait attester ce fait

(1) Paul. *Sent.* 5. 6. § 15 : « Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit. » — Cod. 5. 17. *De repud.* 4 et 5. const. Dioclét. et Maximien. — (2) C. 5. 9. 2. — D. 3. 2. 1. — (3) Ulp. *Reg.* tit. 14. — (4) C. 5. 9. 3 et suiv. — Nov. 22. c. 22. — Nov. 127. c. 3. — (5) C. 6. 57. 5 *in fin.* — D. 48. 5. 34. — (6) D. 25. 7. 3. § 1. f. Marc. — (7) D. 25. 7. 1. § 1. f. Ulp. — (8) C. 5. 26. — Paul. *Sent.* 2. 20. — (9) Nov. 18. c. 5. *Si autem confusa.*

par un acte formel, sinon le commerce avec elle eût été un *stuprum* (1). Mais cette femme, consentant à être concubine, perdait sa considération, le titre honorable de *mater familias*, de *matrona*. Marcellus même ne parle d'elle qu'à l'occasion des femmes qui vivent honteusement (2).

Le concubinat n'était nullement un mariage; ainsi il n'y avait ni *vir*, ni *uxor*, ni dot, ni puissance maternelle; ainsi on pouvait prendre pour concubines des femmes qu'on n'aurait pu épouser, des femmes de mauvaise vie, des actrices, des femmes surprises en adultère (3); l'administrateur d'une province pouvait y prendre une concubine, et non une épouse (4). Ainsi le concubinat ne produisait pas de lien; il cessait à quelque époque que ce fût, par la volonté des deux parties ou d'une seule, sans qu'il y eût divorce, ni qu'il fût nécessaire d'envoyer d'acte de répudiation. Il pouvait aussi être transformé en justes noces, s'il n'y avait pas d'empêchement. — Quoiqu'il ne fût point un mariage, il indiquait la paternité. Les enfants n'étaient pas *spurii, vulgo concepti :* on les nommait *naturales liberi* (5). Un texte de Paul, où nulle supposition d'interpolation n'est possible (D. 28, 6, *De vulg. subst.*, 45), nous montre un *fils légitime* institué avec un *fils naturel*, lequel est qualifié *son frère naturel :* filiation reconnue dès l'époque classique. Lorsque plus tard est introduite la légitimation par mariage subséquent, nul acte préalable de reconnaissance n'y est exigé, le concubinat montre la paternité naturelle. Il nous paraît difficile de lui dénier cet effet. Quant aux droits relatifs aux biens, nous aurons à en traiter plus tard (6). — A l'égard de la mère, la maternité étant un fait ostensible, les Romains n'avaient pas mis de différence, sous ce rapport, entre les enfants *justi, naturales* ou *spurii* (7). (App. 3, liv. 1.)

Nulle formalité, en règle générale, n'était observée pour se mettre en concubinat; et comme il en était de même pour contracter un mariage, comme dans les deux unions il y avait cohabitation avec une seule femme, à laquelle on pouvait s'unir sans crime, il s'ensuit que la concubine ne se distinguait de l'épouse que d'après l'intention des parties (*sola animi destinatione*) (8), la seule affection de l'homme (*solo dilectu*) (9), la seule dignité de la femme (*nisi dignitate*) (10). Mais qu'on ne s'imagine point que cette différence fût difficile à établir. La manière d'être dans la famille et dans la société distinguait bien le concubinat des justes noces. D'ailleurs, dans une infinité de cas, on ne pouvait se tromper. S'agissait-il d'une femme qu'on n'aurait pu épouser, surprise en adultère, domiciliée dans la province et vivant avec

(1) D. 25. 7. 3. — (2) D. 23. 2. 41. f. Marcel. — 48. 5. 13. f. Ulp. — (3) D. 25. 7. 1. § 2. — (4) Dig. 25. 7. 5. — (5) C. 5. 27, *De naturalibus liberis*. — (6) V. la Nov. 18, c. 5, pour les droits que Justinien leur accorde en dernier lieu — (7) Inst. 3. 4. 3. — (8) D. 25. 7. *De concubinis*, 4. f. Paul. — (9) Paul. *Sent.* 2. 20. — (10) Dig. 32. *De legatis*, 49. § 4. f. Ulp.

l'administrateur, etc., il n'y avait aucun doute, elle n'était que concubine. S'agissait-il d'une femme ingénue et honnête, pas de doute encore, puisqu'elle ne pouvait vivre en concubinat sans que la chose fût attestée par un acte manifeste. Enfin, s'agissait-il d'une femme de mauvaises mœurs, on présumait qu'elle était en concubinat (1). L'acte dotal qui accompagnait ordinairement les justes noces était encore un indice (2).

Des légitimations.

XIII. Aliquando autem evenit ut liberi qui, statim ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea autem redigantur in potestatem parentum : qualis est is qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur; necnon is qui, a muliere libera procreatus, *cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat,* sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, *dotalibus instrumentis compositis,* in potestate patris efficitur. *Quod et aliis liberis,* qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

13. Il arrive quelquefois que des enfants qui dès leur naissance ne sont point sous la puissance des ascendants, sont amenés par la suite sous cette puissance. Tel est celui qui, né enfant naturel, donné ensuite à la curie, devient soumis au pouvoir de son père; tel est encore celui qui est né d'une mère libre, dont le mariage n'était prohibé par aucune loi, mais avec laquelle le père avait eu seulement commerce; et qui par la suite, l'acte dotal étant dressé conformément à notre constitution, se trouve sous la puissance du père. Ce que notre constitution a pareillement accordé aux autres enfants qui naîtraient par la suite du même mariage.

123. Les enfants issus de justes noces sont légitimes, soumis au pouvoir paternel; mais les enfants nés hors justes noces sont hors de la puissance et de la famille du père (3). N'existait-il pas de moyen pour les ramener sous cette puissance et les assimiler aux enfants légitimes? Sous la république aucun acte n'a eu ce but spécial. Il est vrai que, lorsqu'on accordait les droits de cité à un étranger et à ses enfants, ceux-ci dès cet instant étaient regardés comme issus de justes noces et entraient sous le pouvoir de leur père; mais cet effet n'était qu'une conséquence accessoire des droits de cité qu'on leur accordait. La loi *Ælia Sentia* et la loi *Junia* (4), sous Auguste, introduisirent quelques modes pour faire entrer au pouvoir du père des enfants qui n'y étaient pas; mais ces modes étaient particuliers à certains cas; ils se rattachaient encore aux droits de cité et à la législation sur les affranchis latins : ils tombèrent en désuétude avec cette législation (5).

---

(1) D. 23. 2. 24. f. Modest. — (2) La religion chrétienne chercha longtemps à faire disparaître le concubinat. L'empereur Léon le Philosophe (an 887 de J. C.) finit par abroger les lois qui l'avaient permis, comme une erreur honteuse du législateur, contraire à la religion et à la morale. « Pourquoi, dit-il en faisant allusion au mariage, pourquoi, quand vous pouvez boire à une source pure, aimeriez-vous mieux vous abreuver à un bourbier? » (LÉON, const. 91.) — (3) Voy. Append. II. — (4) GAIUS, 1. § 65. — ULP. *Reg.* 3. § 3. — (5) Gaius développe ces modes longuement. Le premier (*per causam probare*) avait lieu pour l'affranchi latin qui avait pris une femme, déclarant devant témoins qu'il la prenait dans le but

Ce fut sous Constantin que parut le premier moyen général de rendre légitimes et de mettre au pouvoir du père des enfants naturels. Cette partie de la législation se développa sous les empereurs suivants. A l'époque des Instituts, on pouvait parvenir à ce résultat par deux moyens : par mariage subséquent ou par oblation à la curie. Justinien, dans ses Novelles, en ajouta deux autres : par rescrit du prince, par testament. On donne de nos jours le nom de *légitimation* à l'acte par lequel les enfants naturels sont rendus légitimes (*justi, legitimi efficiuntur*). Quoique ce mot ne fût point consacré dans les lois romaines, on peut l'employer, parce qu'il exprime fort bien la chose. Nous allons examiner successivement les divers modes de légitimation. Une observation générale, c'est qu'on ne pouvait légitimer que les enfants issus d'un concubinat, et non les enfants *spurii*, puisqu'ils n'avaient pas de père connu aux yeux de la loi.

124. *Légitimation par mariage subséquent*. Elle a lieu lorsqu'un homme ayant des enfants d'une concubine épouse cette dernière et transforme le concubinat en justes noces. Elle fut introduite par Constantin (an 335 de J. C.). Zénon (476 de J. C.), dans une constitution citée au Code, déclara que cette légitimation ne pourrait s'appliquer qu'aux enfants naturels déjà existants lors de la publication de sa loi; son but était d'engager les personnes vivant en concubinat à se hâter de contracter mariage : si elles avaient des enfants, afin de les légitimer; si elles n'en avaient pas, dans la crainte de ne pouvoir légitimer ceux qui surviendraient (1). Mais Justinien rétablit en principe général ce mode de légitimation (2).

Les conditions nécessaires pour que la légitimation eût lieu étaient : — 1° qu'au moment de la conception des enfants, le mariage entre le père et la mère ne fût défendu par aucune loi (*cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*). Quelques commentateurs, il est vrai, entendent simplement par ces mots que le mariage devait être possible au moment où l'on voulait légitimer les enfants; mais ce sens tout à fait insignifiant n'est pas celui de la loi; et, dans sa paraphrase, Théophile dit clairement : « J'ai eu commerce avec une femme qu'aucune loi ne me défen-

---

d'en avoir des enfants (*liberorum quærendorum causa*); lorsqu'il avait eu un fils ou une fille, il pouvait, dès que cet enfant était âgé d'un an (*anniculus factus*), et d'une existence ainsi moins précaire, se présenter devant le préteur ou le président, prouver ces faits (*causam probare*), et dès lors de Latin qu'il était il devenait citoyen romain, et acquérait le puissance paternelle sur son enfant, qui devenait légitime (G. 1. § 29 et suiv.; 66. — ULP. *Reg*. 3. § 3). Le second (*per causam erroris probare*) avait lieu pour le citoyen romain qui, par erreur, avait épousé une affranchie latine, une étrangère, ou réciproquement; il pouvait, lorsqu'il était né des enfants de cette union, prouver la cause de l'erreur (*causam erroris probare*), l'union devenait justes noces, et le père acquérait la puissance paternelle (GAIUS, 1. § 67 et suiv.; et ci-dessus, n° 48).

(1) C. 5. 27. 5. — (2) C. 5. 27. 10.

dait de prendre pour épouse, ma volonté seule y manquait, j'en ai eu un fils, » etc.; — 2° Qu'on dressât un acte contenant la constitution de dot (*dotalibus instrumentis compositis*), ou simplement servant à constater le mariage (*instrumenta nuptialia; nuptiales tabulæ*). Un pareil acte n'était pas nécessaire à la validité du mariage; mais il l'était à la légitimation, afin de marquer sans aucun doute l'instant où, le concubinat se changeant en justes noces, cette légitimation avait lieu. Du reste, aucun texte de loi n'exigeait que les enfants fussent inscrits sur cet acte de mariage; — 3° Que les enfants ratifiassent la légitimation (*hoc ratum habuerint*), car ils ne pouvaient malgré eux être soumis à la puissance paternelle; rien n'empêchait que les uns y consentissent et que les autres refusassent. C'est dans la novelle 89, c. 11, que Justinien, pour la première fois, énonce formellement ces principes, qui d'ailleurs étaient reconnus (1).

Quod et aliis liberis. L'effet des justes noces contractées en place du concubinat s'étend et sur les enfants déjà nés et sur ceux qui naîtront par la suite. Les premiers, de naturels qu'ils étaient, deviennent légitimes, et les seconds, au lieu de naître naturels, naîtront légitimes. Aussi tous les textes, non-seulement celui des Instituts, mais encore ceux du Code, s'accordent-ils pour indiquer ce double résultat (*vel ante matrimonium vel postea progeniti... — Sive ante dotalia instrumenta editi sint, sive postea*) (2).

---

(1) D. 1. 6. 11. f. Modest.

(2) C. 5. 27. fr. 5 et 10. Cependant ces expressions du texte *quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit*, ont généralement été considérées comme corrompues, parce que, dit-on, les enfants nés après le mariage n'ont aucun besoin qu'on leur accorde une légitimité qu'ils ont de droit. En conséquence, on a présenté plusieurs corrections plus ou moins raisonnables. Cujas dit : *Quod etsi alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati*, etc.; Hotoman : *Quod etsi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati*, etc. Mais la plus ingénieuse et la plus simple est celle de Bynkersh, qui ne change absolument qu'une seule lettre : *Quod ut aliis liberis*, etc., et le sens serait alors celui-ci : ce que notre constitution leur accorde aussi bien qu'aux autres enfants qui naîtraient du même mariage. Cette correction devrait sans doute être admise si elle était indispensable, et si d'ailleurs on pouvait se laisser aller facilement à corriger des textes. Mais les passages du Code que nous avons cités dans notre explication prouvent que, dans plus d'un endroit, les empereurs ont parlé de la légitimité produite par les noces pour les enfants nés soit avant, soit après. La paraphrase de Théophile vient encore dissiper les doutes : Non-seulement, dit-il, ceux qui sont nés avant l'acte dotal, mais encore ceux qui surviendraient ensuite, seront soumis à ma puissance. Ainsi le texte doit rester tel qu'il est. Cela posé, faut-il l'entendre comme n'ayant voulu parler que de l'enfant conçu avant le mariage et né depuis, parce que cet enfant a besoin de légitimation? C'est une opinion ingénieuse, indiquée par un ancien commentateur; mais, outre qu'elle particulariserait une loi générale, une observation suffit pour la détruire : les Instituts et Théophile parlent de *plusieurs enfants* nés après ce mariage; or, si on n'avait fait allusion qu'à l'enfant conçu avant et né après, on n'aurait parlé que *d'un enfant*, comme dans la loi 11 au Code 5. 27. et dans la novelle 89. c. 8, car, à moins de jumeaux, il ne saurait se trouver plus d'un enfant dans ce cas.

Parmi ces derniers, il faut comprendre l'enfant conçu avant, mais né après la confection de l'acte dotal. Ayant été conçu hors mariage, il devrait être naturel (1); mais la légitimation s'appliquant à lui, il naît légitime (2). — Du reste, il n'est aucunement nécessaire, pour que la légitimation ait lieu, qu'il naisse des enfants après la confection de l'acte dotal. Cette question même ne se serait point présentée si quelques expressions équivoques d'une constitution de Justinien ne l'avaient fait naître (3). Mais cet empereur se hâta de faire disparaître le doute, en déclarant que les enfants naturels seraient légitimés, soit qu'il naquît des enfants postérieurs au mariage, soit qu'il n'en naquît point, soit que ceux qui naîtraient vinssent à mourir (4).

On pouvait légitimer par mariage subséquent les enfants issus d'une concubine affranchie, aussi bien que ceux issus d'une concubine ingénue (5). Bien plus, un maître sans enfant légitime, mais ayant eu des enfants de son esclave, pouvait, d'après une novelle de Justinien, affranchir la mère, l'épouser, et par cela seul les enfants devenaient libres et légitimes (6) : c'est une dérogation au principe qu'on ne peut légitimer que les enfants dont on aurait pu épouser la mère au moment de la conception.

125. *Légitimation par oblation à la curie.* Nous avons exposé déjà (tom. I, *Hist.*, nos 186, 193 et 444) ce que c'était que les curies, les curiaux et les décurions. Nous savons que les curiaux formaient le premier ordre de la ville, jouissaient de plusieurs priviléges, mais que leur rang les assujettissait à plusieurs obligations onéreuses, que l'on cherchait souvent à éviter. Nous savons que le titre de curial se transmettait du père aux fils légitimes; que les citoyens riches pouvaient se faire agréer par la curie, eux ou leurs enfants, et entrer ainsi dans la classe des curiaux. Mais le père qui voulait procurer cet honneur à ses fils devait leur assurer une fortune qui les rendît capables d'y aspirer. Les enfants naturels d'un père curial ne succédaient pas à son titre. D'un autre côté ils étaient incapables de recevoir par le testament de leur père au delà d'une certaine portion déterminée. Théodose et Valentinien (an 442 de J. C.) déclarèrent les premiers que si un citoyen, curial ou non, n'avait que des enfants naturels, ils lui permettraient d'offrir à la curie de sa ville ceux de ses enfants qu'il voudrait, et, en conséquence, de leur donner, par donation ou par testament, même la totalité de ses biens; que, pareillement, si une fille naturelle épousait un curial, elle deviendrait par là capable de recevoir même la totalité des biens de son père. Le but de ces empereurs était, dans le premier cas, d'engager de nouvelles personnes à entrer dans la classe des curiaux; dans

(1) D. 1. 5. 11. f. Paul. — (2) C. 5. 27. 11. — (3) C. 5. 27. 10. — (4) C. 5. 27. 11. — Inst. 3. 1. 2. — Nov. 74. præf. — (5) Nov. 18. c. 11. — (6) Nov. 78. c. 4.

le second cas, d'accorder une faveur aux curiaux déjà existants (*ut novos lex faciat curiales, aut foveat quos invenit*) (1). Il parait que cette institution se développa ; l'enfant naturel offert à la curie acquit des droits de succession même *ab intestat*, comme s'il était légitime (2) ; il passa sous la puissance paternelle (*legitimus mox fiet, naturalium jure omnino liberatus*) ; et l'oblation à la curie devint un mode de légitimation. Justinien le confirma, et ne le permit pas seulement, comme on avait fait jusqu'alors, à ceux qui n'avaient que des enfants naturels, mais même à ceux qui avaient déjà d'autres enfants légitimes (3). Une chose particulière à ce mode de légitimation, c'est que l'enfant, quoiqu'il passât sous la puissance du père, n'acquérait des droits que par rapport à ce dernier, et aucun sur ses agnats et ses cognats, de telle sorte qu'on peut dire qu'il n'entrait pas dans la famille (4), chose qui eût été inconciliable d'après les principes rigoureux de l'ancien droit, car on ne pouvait être sous la puissance du père sans être dans sa famille. — Il ne faut pas croire que l'oblation à la curie fût un mode de légitimation à la portée de tout le monde ; il n'était que pour les personnes riches. Il ne faut pas croire non plus que les enfants offerts à la curie se trouvassent dans une position subalterne et comme servile ; ils entraient dans la classe des curiaux, et devaient remplir à leur tour les fonctions de décurions. L'oblation à la curie avait pour effet de leur donner à la fois un titre honorable, quoique pénible, et la fortune de leur père (*curiæ splendore honestare, et hæreditatis opibus adjuvare*) (5). Une infinité de textes, outre celui que nous venons de citer, font foi de l'honneur qu'on y attachait : « *Illustris ordine civitatis illuminet. — Municipalibus eum voluit aggregare muneribus et donare patriæ principalem — nostræ civitatis curiæ principalem*, etc. (6). » Et l'on avait d'autant plus exagéré les expressions et l'appât de ces honneurs, que les charges réelles étaient devenues plus onéreuses. Du reste, les enfants ne pouvaient être légitimés malgré eux, pas plus par oblation à la curie que par mariage subséquent.

126. *Légitimation par rescrit.* Ce mode fut introduit par Justinien dans la novelle 74. Il consistait à obtenir de l'empereur un rescrit permettant la légitimation ; mais il fallait, pour avoir cette permission, que le père qui la demandait n'eût aucun enfant légitime, et qu'il lui fût impossible d'épouser la mère de ses enfants naturels, soit qu'elle fût morte, soit qu'elle eût disparu, ou pour toute autre raison valable (7).

127. *Légitimation par testament.* Si un père, n'ayant que des enfants naturels, ne les a point légitimés de son vivant, et qu'en mourant il ait dans son testament exprimé le désir qu'ils le

(1) C. 5. 27. 3. — (2) C. 5. 27. 4. — (3) C. 5. 27. 9. § 3. — Nov. 89. c. 2 et suiv. — (4) *Ib.* pr. — (5) C. 5. 27. 3. — (6) C. 5. 27. const. 3 et 4. — (7) Nov. 74. c. 2. — Nov. 89. c 9.

soient, ces enfants pourront s'adresser à l'empereur, et obtenir de lui le rescrit permettant leur légitimation : ils se trouveront ainsi les héritiers de leur père (1).

128. L'adoption avait été, d'après une constitution d'Anastase, un moyen de légitimer les enfants naturels; mais Justin abrogea cette constitution, et Justinien confirma cette abrogation (2).

TITULUS XI.

DE ADOPTIONIBUS.

Non solum autem naturales liberi, secundum ea quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

TITRE XI.

DES ADOPTIONS.

En notre puissance sont non-seulement les enfants naturels (3), comme nous l'avons dit, mais encore les personnes que nous adoptons.

129. Ce n'est que comme d'un acte produisant le pouvoir paternel que Gaïus, Ulpien et les Instituts traitent de l'adoption.

L'adoption, dès son origine, avait pour but d'introduire une personne dans sa famille, et d'acquérir sur elle la puissance paternelle. L'adopté sortait de sa famille naturelle, y perdait tous ses droits d'agnation, et par conséquent de succession; y devenait étranger aux dieux domestiques et aux choses sacrées; mais il entrait dans la famille de l'adoptant; les droits d'agnation et de succession dans cette famille lui étaient acquis, les dieux lares et les choses sacrées lui devenaient communs. Il prenait le nom de l'adoptant, et ne conservait celui de son ancienne maison qu'en le transformant en adjectif par la terminaison *ianus*. *Scipio Æmilianus*, Scipion Émilien; *Cæsar Octavianus*, César Octavien (tom. I, *Hist.*, n° 336, en note). Les adoptions, comme dit Cicéron, entrainaient le droit de succéder au nom, aux biens et aux dieux domestiques (4).

L'adoption se classe parmi les anciennes institutions de Rome. On voit dans l'histoire plus d'une famille puissante, près de s'éteindre faute d'enfants, être ravivée par une adoption. Cet acte était beaucoup plus fréquent, surtout dans les familles patriciennes, qu'il ne l'est de nos jours. Cependant on considérait comme ayant moins bien mérité de la patrie celui qui ne lui avait pas donné d'enfant par lui-même, et qui avait eu recours à une paternité fictive (5).

130. Du reste, il importe de bien saisir le caractère véritable de cette institution dans la cité romaine. Tandis que les noces, abstraction faite de la *manus*, de la puissance maritale, étaient

(1) Nov. 74. c. 2. § 1. — Nov. 89. c. 10. — (2) C. 5. 27. fr. 6 et 7. — Nov. 74. c. 3. et Nov. 89. c. 11. § 2. — (3) Le mot d'enfants naturels (*naturales liberi*) pris, comme dans le titre précédent, par opposition à *justi liberi*, désigne les enfants issus d'un concubinat; mais pris, comme ici, par opposition à *liberi adoptivi*, il désigne les enfants réellement nés d'une personne. — (4) « Hereditas nominis, pecuniæ, sacrorum secutæ sunt. » Cicer. *Pro dom.* 13. § 35. — (5) Aul. Gell. 5. 19.

un acte privé, l'adoption, comme nous l'avons déjà vu pour la manumission, comme nous le verrons bientôt pour le testament, était un acte public, lié essentiellement à l'ordre politique. Par la manumission on donnait à la cité un nouveau membre; par l'adoption un de ses membres, un de ses chefs de famille peut-être, était absorbé et transporté dans une autre famille; par le testament un homme était désigné, dans la cité, pour prendre la place du mort, pour continuer juridiquement sa personne. Or, les constitutions aristocratiques et patriciennes, telles que celle de Rome, ne permettent pas facilement cette altération des familles, ces membres nouveaux donnés, enlevés à l'association, ou modifiés dans leur situation : il faut que l'association y consente, ou tout au moins qu'elle y concoure.

Il existe, sous ce rapport, une analogie bien remarquable et bien intéressante à étudier entre la manumission, l'adoption et le testament, entre ces deux dernières institutions surtout.

C'est le peuple, ce sont les curies romaines qui doivent prononcer elles-mêmes. Elles seules par une loi curiate peuvent faire l'adoption ou le testament. C'est la cité, c'est la corporation, qui consent à l'absorption d'un de ses membres dans une autre famille, ou à ce que tel membre, après sa mort, soit continué, dans la cité, par tel autre.

Dès lors, et dans le principe, il n'est pas besoin sur ces points d'un droit précis, de règles formulées. Les curies souveraines prononcent : elles font une loi à chaque fois.

131. Mais, plus tard, des moyens fictifs et détournés viennent conduire au même résultat avec moins de difficultés. L'intervention de la cité s'efface ou devient moins directe; et, par conséquent, les règles commencent à se préciser et à se formuler. Ainsi, nous avons vu une vendication fictive de la liberté (la *vindicta*, l'*in jure cessio*) fournir un moyen de faire des affranchissements sans attendre le recensement des citoyens et sans inscription sur le cens (ci-dess., n° 58); ainsi une mancipation fictive du patrimoine de l'hérédité à venir conduira à une sorte de testament indirect (*testamentum per æs et libram*) (voy. ci-dessous, liv. 2, tit. 10, § 1); ainsi des mancipations fictives conduiront à rendre un fils libre de la puissance paternelle et chef de famille avant la mort de son père, pouvoir que ni le droit primitif ni la loi des Douze Tables elle-même ne donnaient au père (voy. ci-dessous, liv. 1, tit. 12, § 6); ainsi, enfin, ces deux formalités combinées (les mancipations fictives, et la *vindicta*, l'*in jure cessio*) conduiront, lorsqu'il s'agira, non pas d'un chef, mais d'un fils de famille, à une sorte d'adoption dans laquelle on se passera du concours du peuple. C'est le droit privé qui gagne du terrain sur le droit public.

En effet, le mot *adoption* était un terme générique. Mais on
2 kinds distingua deux espèces d'adoptions : l'*adrogation*, qui s'appliquait

aux chefs de famille, *sui juris;* l'*adoption* proprement dite, qui s'appliquait aux enfants de famille, *alieni juris*. Elles différaient par leurs formes et par leurs effets.

La première appartient au droit primitif et organique; la seconde n'est survenue que par des moyens fictifs et détournés.

132. L'adrogation faisait passer sous la puissance d'autrui un chef de famille avec tous ses biens et toutes les personnes qui lui étaient soumises. La maison dont il était chef se confondait dans celle de l'adrogeant; il n'était plus inscrit sur le cens comme père de famille, mais seulement comme fils; il perdait ses dieux domestiques et entrait dans les choses sacrées de sa nouvelle famille (*in sacra transibat*) (1), changements importants pour la cité et pour la religion, qui nécessitaient le consentement du peuple et l'approbation du collége des pontifes (2) : aussi l'adrogation resta-t-elle soumise au droit primitif, ne pouvant avoir lieu qu'en vertu d'une loi curiate (*populi auctoritate*). On demandait dans les comices à l'adrogeant s'il voulait prendre un tel pour son fils légitime, à l'adrogé s'il voulait le devenir, au peuple s'il l'ordonnait; et alors, si toutefois le collége des pontifes ne s'y était pas opposé, l'adrogation avait lieu. C'est même de ces diverses interrogations que vient le nom d'*adrogation* (3). Il est vrai de dire que, peu de temps même après les Douze Tables, à l'époque où les assemblées par curies n'eurent plus lieu que fictivement, cette loi

(1) C. 3. 28. 37. § 2. — *Ib.* 6. 58. 13. § 1. — VALER. 7. 7.

(2) Il ne paraît pas que, même aux derniers temps de la république, des lois spéciales eussent encore réglé les conditions de l'adoption; mais on suivait pour cet acte un droit d'usage et la décision du collége des pontifes. Nous trouvons dans Cicéron un passage relatif à cette matière. Un sénateur, Clodius, voulant entrer dans l'ordre des plébéiens, afin de devenir tribun, s'était donné en adrogation à un plébéien, qui était plus jeune que lui. Cicéron, intéressé à prouver la nullité de cette adoption, s'exprimait ainsi dans un discours prononcé devant le collége des pontifes : « ... Quod est, Pontifices, jus adoptionis? nempe ut is adoptet, qui neque procreare jam liberos possit, et quum potuerit sit expertus. Quæ deinde causa cuique sit adoptionis, quæ ratio generum ac dignitatis, quæ sacrorum, quæri a pontificum collegio solet. Quid est horum in ista adoptione quæsitum? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberorumve causa? at procreare potest, habet uxorem; suscepit etiam liberos. Exhæredabit igitur pater filium. Quid? sacra Clodiæ gentis cur intereunt quod in te est? » (CIC. *Pro dom.* 13. § 34.)

(3) « Quæ species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit justum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri jubeat. » (GAIUS. 1. 99.)—Les formules de ces diverses interrogations nous sont indiquées par Cicéron, *Pro dom.* 29, pour l'interrogation adressée à l'adopté : « Credo enim, quamquam in illa adoptione legitime factum est nihil, tamen te » esse interrogatum : *auctorne esses, ut in te P. Fontejus vitæ necisque potes-* » *tatem haberet, ut in filio?* » et par Aulu-Gelle, *Noct. att.* 5, 19, pour l'interrogation adressée au peuple : « Velitis, jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius » Lucio Titio tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque » familias ejus natus esset, utique ei vitæ necisque in eum potestas siet uti patri » endo (pariendo) filio est : hæc ita ut dixi, ita vos, Quirites, rogo. »

curiate devint une simple formalité; trente licteurs représentaient chacune des curies, et, sous la présidence d'un magistrat, donnaient leur adhésion à l'adrogation (tom. I, *Hist.*, n° 31).

133. L'adoption proprement dite avait pour effet de faire passer un fils d'une famille dans une autre. Ce fut pour cette adoption qu'un moyen détourné, une forme fictive de réalisation, se présentèrent. Toute la puissance paternelle de celui qui donnait en adoption devait s'éteindre en lui et se transmettre au chef qui adoptait. On conçoit par là que les formes indirectes de cette adoption durent être des formes propres d'un côté à l'extinction, de l'autre à la cession de la puissance paternelle. Elles se composèrent de la vente solennelle nommée *mancipatio, alienatio per æs et libram*, et de la cession juridique (*in jure cessio*). La mancipation, qui devait être répétée trois fois pour un fils mâle au premier degré, servit à détruire la puissance paternelle, conformément à la loi des Douze Tables (tom. I, *Hist.*, p. 103, tab. IV, § 3), la cession juridique servit à faire déclarer par le magistrat que l'enfant appartenait en qualité de fils à l'adoptant (1).

134. Dans les derniers temps de la république s'introduisit l'usage de déclarer dans son testament que l'on considérait tel citoyen comme son fils. Ce fut ainsi que Jules César adopta Octave, et plus d'un empereur suivit cette méthode; mais pour que cette adoption eût son effet, fidèle aux anciens principes, on avait soin de la faire ratifier par un plébiscite (2). Du reste, elle ne pouvait produire de puissance paternelle, puisque l'adoptant était mort; elle donnait seulement des droits de succession, comme si cette puissance avait eu lieu.

135. A l'époque de Gaius et d'Ulpien, les conditions des adoptions avaient été développées par des sénatus-consultes, par des constitutions, et surtout par les écrits des jurisprudents; quant

(1) « Adoptantur autem, cum a parente in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis » actio est, vindicantur » (AUL. GEL. 5. 19). — SUETON. in *Aug.* 64. — Pourquoi le concours de ces deux formalités, la *mancipation* et la *cessio in jure?* Une seule n'aurait-elle point suffi? Non. Il fallait la mancipation, parce que c'était le seul moyen qu'indiquaient les Douze Tables pour éteindre la puissance paternelle du chef qui donnait en adoption. Il fallait de plus la cession *in jure*, parce qu'en vertu de la mancipation l'enfant était vendu, il est vrai, solennellement, mais non en qualité de fils de famille; il se trouvait *in mancipio* de l'acquéreur, et ce n'était que la cession *in jure* qui lui donnait la qualité de fils. Il est bon de rappeler que la cession *in jure*, dont nous avons dit quelques mots tome I, *Génér.*, n°s 263, 264; et ci-dess., n° 58, était la représentation fictive d'un procès. L'acquéreur qui voulait adopter réclamait l'enfant comme sien, par une vendication simulée, devant le magistrat chargé de la juridiction *vindicabat*); le père ne contredisait point, et le magistrat déclarait que l'enfant appartenait à l'adoptant. Voilà pourquoi le passage d'Aulu-Gelle que nous avons cité et la loi 4, au Dig. 1. 7, disent que l'adoption ne pouvait se faire que par les magistrats devant qui on peut intenter les actions de la loi, comme les préteurs, les consuls, les présidents. — (2) APP. *Bell. civ.* 3. 14. 94.

aux formes, elles étaient encore telles que nous venons de les exposer. On pourrait s'étonner que l'adrogation se fît par l'autorité du peuple (*per populum; auctoritate populi*) (1), lorsque déjà cette autorité s'était évanouie et qu'aucune assemblée populaire n'avait plus lieu; cependant, en se rappelant qu'on n'employait qu'une cérémonie fictive, qui avait fort bien pu survivre à la république, tout étonnement cessera. Du reste, cette fiction disparut elle-même par la suite, et les adrogations finirent par être faites en vertu d'un rescrit impérial.—Nous allons maintenant examiner sur ce sujet la législation de Justinien d'après les Instituts.

1. Adoptio autem duobus modis fit : aut *principali rescripto*, aut *imperio magistratus*. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve qui quæve sui juris sunt : quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve qui quæve in potestate parentum sunt; sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia; sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

1. L'adoption se fait de deux manières : *par rescrit du prince* ou *par l'autorité du magistrat*. Avec l'autorisation de l'empereur, on adopte les hommes ou les femmes maîtres d'eux-mêmes, espèce d'adoption qui se nomme adrogation; par l'autorité du magistrat, les enfants soumis à la puissance paternelle : qu'ils soient au premier degré, comme le fils, la fille; ou à un degré inférieur, comme le petit-fils, la petite-fille, l'arrière-petit-fils ou petite-fille.

136. *Principali rescripto*. L'adrogation, sous Justinien, resta, à peu de chose près, telle qu'elle était dans sa forme, dans ses conditions, dans ses effets. Elle se faisait par rescrit du prince, qui ne devait donner son autorisation qu'en connaissance de cause (*causa cognita*). On examinait si l'adoptant n'avait pas moins de soixante ans, et s'il n'avait pas déjà d'autres enfants naturels ou adoptifs; car on ne devait pas en général permettre l'adoption à celui qui pouvait encore avoir des enfants par lui-même, ou qui en avait déjà. Cependant des motifs tels qu'une maladie, le désir d'adopter un parent, auraient pu faire obtenir l'autorisation impériale (2).

137. *Imperio magistratus*. Justinien modifia l'adoption proprement dite, et dans sa forme et dans ses effets. Dans sa forme : car, supprimant et la mancipation et la cession *in jure*, l'empereur décida qu'il suffirait de faire dresser devant le magistrat compétent, en présence des parties, un acte constatant l'adoption, avec le consentement réuni de celui qui donnait, de celui qui prenait et de celui qui était donné en adoption (3). Cependant, de la part de ce dernier, il suffisait qu'il n'y eût point d'opposition (*eo qui adoptatur non contradicente*) : d'où il suit qu'on pouvait donner en adoption même des enfants ne parlant pas encore (*etiam infantem*) (4). Quant aux changements apportés dans les effets de l'adoption, ils sont exposés au paragraphe suivant. (App. 1, liv. 3.)

(1) Gaius. 1. 99. — Ulp. *Reg*. 8. § 2. — (2) D. 1. 7. 15. § 2 et suiv. — (3) C. 8. 48. 11. — (4) D. 1. 7. 42. f. Modest.

II. Sed hodie, ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturali *extraneæ personæ* in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis *non extraneo*, sed avo filii sui materno; vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem : hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

2. Mais aujourd'hui, d'après notre constitution, le père naturel, lorsqu'il donne son fils de famille en adoption *à une personne étrangère*, ne perd aucun de ses droits; rien n'en passe au père adoptif, et l'enfant n'est pas en puissance de ce dernier, bien que nous lui accordions des droits de succession *ab intestat*. Au contraire, lorsque l'enfant est donné en adoption par son père naturel *non pas à un étranger*, mais à son aïeul maternel, ou bien, s'il est né d'un fils émancipé, à son aïeul paternel, ou même à son bisaïeul paternel ou maternel, alors, comme sur la même personne se réunissent les droits que donnent la nature et l'adoption, nous laissons au père adoptif tous ses droits fondés sur un lien naturel, et légalement établis par l'adoption, de sorte que l'enfant passera sous sa puissance et dans sa famille.

138. *Extraneæ personæ.* En vertu de ces changements apportés par Justinien, il faut distinguer pour l'adoption proprement dite deux cas : 1° celui où un fils est donné en adoption par son père à un étranger (*extraneo*) (par étranger, on entend quelqu'un qui n'est point ascendant); 2° celui où il est donné à un ascendant.— Dans le premier cas, l'adoption perd totalement son caractère primitif; l'enfant ne passe plus sous la puissance paternelle de l'adoptant, il n'entre pas dans la famille adoptive et n'y acquiert aucun droit d'agnation. Tous les effets de l'adoption se réduisent à établir dans les mœurs une sorte de relation fictive de paternité et de filiation entre l'adoptant et l'adopté, et à donner à ce dernier un droit de succession *ab intestat* sur l'hérédité de l'adoptant. Il est important de remarquer ces mots : droit de succession *ab intestat*. L'adopté ne succédera que s'il n'y a pas de testament; si l'adoptant en fait un, il sera libre de ne laisser à l'adopté que ce qu'il voudra; il pourra même ne lui rien donner (1), chose qui n'aurait pas lieu si la puissance paternelle avait été produite, car nous verrons qu'un fils légitime ne pouvait être dépouillé totalement de l'hérédité paternelle (2). Mais, précisément parce qu'il n'entrait pas dans la famille de l'adoptant, l'enfant donné en adoption ne sortait pas de sa famille naturelle, et n'y perdait aucun de ses avantages : d'où il résultait qu'il avait à la fois sur l'hérédité du père naturel les droits de fils légitime, et sur celle du père adoptif des droits *ab intestat*. Quel était le but de ces modifications? Justinien l'expose dans sa constitution (3) : anciennement

(1) « Licentiam damus tali adoptivo patri, id est extraneo, si voluerit, nihil ei testamento relinquere; sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit et non legitimo vinculo adstrictum. » (C. 8. 48. 10. § 1.) — (2) INST. 2. 10. — (3) C. 8. 48. 10.

l'enfant sortant de la famille paternelle y perdait ses droits; s'il était ensuite renvoyé par émancipation de la famille adoptive, il perdait encore ses droits, et se trouvait ainsi dépouillé des deux côtés. Les préteurs avaient bien cherché à parer à cet inconvénient; ils l'avaient fait, mais seulement en partie (1), et Justinien voulut le faire disparaître totalement.—Lorsque le chef de famille avait donné en adoption non pas son fils, mais son petit-fils, sa petite-fille, tout ce que nous venons de dire s'appliquait aussi, mais avec quelque restriction; car si l'aïeul venait à mourir à une époque où le petit-fils, la petite-fille, ne se trouvaient pas ses héritiers, parce qu'ils étaient précédés dans la famille par leur père, alors, n'ayant pas eu de succession dans la famille naturelle, ils conservaient intacts, dans la famille adoptive, quoique étrangère, les droits que donnait jadis l'adoption (2).

139. *Non extraneo.* C'est-à-dire un ascendant. C'est une chose bien remarquable : chez les Romains, il arrivait qu'un aïeul, qu'un père même adoptait son propre fils. Pourquoi? Parce qu'il arrivait souvent qu'un aïeul, qu'un père n'avaient pas la puissance paternelle sur leur petit-fils, leur fils; et le seul moyen de l'acquérir était l'adoption (3). Des exemples éclairciront la matière. Premier exemple : Jamais un aïeul maternel n'avait sous sa puissance et dans sa famille les enfants de sa fille; s'il voulait les acquérir et leur donner des droits de succession, il fallait qu'il les obtînt en adoption de son gendre. — Deuxième exemple : Un chef de famille a émancipé son fils; celui-ci s'est marié et a eu des enfants; ces enfants, nés après l'émancipation, ne sont point en la puissance de leur aïeul. Si ce dernier veut les acquérir, il faut qu'il les reçoive en adoption. — Troisième exemple : Un chef de famille a sous sa puissance son fils et les enfants de ce dernier : il émancipe le fils et retient les enfants. Le père émancipé se trouve n'avoir pas sous sa puissance ses propres fils; s'il veut les acquérir et leur donner des droits, il faut qu'il les obtienne en adoption de leur aïeul. — Dans tous ces cas et autres semblables, on voit que l'adoption faite par l'ascendant n'a pour but que d'acquérir la puissance paternelle et de donner à l'enfant des droits de succession légitime. Aussi Justinien lui conserve-t-il ses effets; la puissance paternelle se trouve comme autrefois détruite pour celui qui donne en adoption, et transportée à l'ascendant qui reçoit. D'ailleurs, cet ascendant étant déjà uni à l'adopté par les liens du sang, on n'a pas à craindre qu'il l'émancipe sans raison, et le dépouille de son hérédité. C'est le motif principal qu'indique Justinien (4).

III. Cum autem *impubes* per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur, et exquiritur

3. L'adrogation d'un *impubère* faite par rescrit du prince ne se permet qu'en connaissance de cause. On recherche *si*

(1) Inst. 3. 1. 10. — (2) C. 8. 48. 10. § 4. — (3) D. 1. 7. 12. fr. Ulp. — (4) C. 8. 48. 10. princ. *in fin.*

causa adrogationis *an honesta sit, expediatque pupillo*. Et *cum quibusdam conditionibus* adrogatio fit, id est, ut *caveat adrogator personæ publicæ*, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet, præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea adquisivit.

le motif en est honnête, et s'il est avantageux au pupille; encore l'adoption ne se fait-elle qu'*avec certaines conditions* que voici : l'adrogeant doit *donner caution à une personne publique*, que, si le pupille meurt avant la puberté, il restituera ses biens à ceux qui, sans l'adoption, lui eussent succédé; de même il ne peut l'émanciper qu'en prouvant au magistrat qu'il a mérité l'émancipation, et alors il doit lui rendre ses biens. S'il vient à le déshériter en mourant, ou à l'émanciper de son vivant, sans motif, il sera condamné à lui laisser le quart de ses propres biens, en sus, bien entendu, de ceux que le pupille lui a transférés au moment de l'adoption ou acquis par la suite.

140. L'adoption faite par la volonté du chef de famille, au moyen de mancipations et de la *cessio in jure*, s'appliquait à tous les enfants sous puissance, sans distinction d'âge ni de sexe. Mais l'adrogation faite par les comices, avec interrogation de l'adoptant, de l'adopté et du peuple, ne pouvait s'appliquer, à l'époque où cette solennité était sérieuse, qu'aux citoyens faisant partie des comices (1). Une constitution d'Antonin le Pieux permit l'adrogation des impubères. Quant à celle des femmes, Gaius nous dit qu'elle n'était pas permise de son temps (2) ; elle ne l'était pas non plus à l'époque d'Ulpien, dont voici les termes : « Per populum vero romanum feminæ quidem non adrogantur. Pupilli antea quidem non poterant; nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini Pii (3). » Mais un fragment du Digeste nous apprend que sous Justinien l'adrogation des femmes était permise comme celle des hommes : « Nam et feminæ ex rescripto principis adrogari possunt (4). » Ainsi les femmes et les impubères pouvaient être adrogés, en observant pour ces derniers certaines conditions.

An honesta sit, expediatque pupillo. Lorsqu'il s'agissait de l'adrogation d'un impubère, il fallait, outre les recherches ordinaires (n° 136), examiner si c'était une affection honnête qui faisait agir l'adrogeant : considération qui, d'après les mœurs des Romains et des Grecs, ne doit pas nous étonner; quelle était la conduite et la réputation de cet adrogeant; quelle était sa fortune et celle du pupille comparée à la sienne; en un mot si l'adrogation était honorable et avantageuse au pupille.

(1) « Quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est. » (AUL. GELL. *Noct. att.* 5. 19.) — (2) GAI. 1. §§ 101 et 102. — (3) ULP. *Reg.* 8. § 5. Notez qu'à cette époque l'intervention des curies n'était plus qu'une fiction (ci-dessus, n° 132). — (4) D. 1. 7. 21. Ce fragment est attribué par les compilateurs du Digeste à Gaius; mais c'est évidemment une de ces altérations dont nous avons parlé (tome I, *Hist. du droit*, n° 459). Tribonien et ses collaborateurs, voulant changer sur ce point l'ancien droit, font dire à Gaius le contraire de ce qu'il avait dit.

Cum quibusdam conditionibus. Ces conditions avaient toutes pour but d'empêcher que le pupille, au lieu de trouver un avantage dans l'adrogation, n'y rencontrât la perte de sa fortune. En effet, il apportait dans la famille de l'adrogeant tous ses biens, conformément aux règles de la puissance paternelle, et l'on ne voulait point qu'il les perdît. Or il pouvait arriver plusieurs cas : 1° que le pupille mourût avant sa puberté ; 2° qu'il fût émancipé ou déshérité sans motif avant sa puberté ; 3° qu'il fût émancipé ou déshérité avec un juste motif avant sa puberté ; 4° qu'il atteignît sa puberté sans aucun de ces événements. Dans le premier cas, l'adrogeant, au lieu de garder les biens du pupille, devait les rendre à ses héritiers naturels ; dans le deuxième cas, les biens devaient être rendus au pupille lui-même, plus le quart des propres biens de l'adrogeant, parce que ce dernier n'avait pas dû se faire un jeu de l'adrogation en émancipant ou déshéritant sans motif. Ce quart se nommait *quarte Antonine* (*quarta D. Pii*), parce qu'Antonin est, comme nous l'avons dit, l'auteur de ces dispositions. Dans le troisième cas, l'adrogé reprenait seulement tous ses biens. Enfin, dans le quatrième, étant arrivé à la puberté, il pouvait réclamer contre son adrogation ; et s'il prouvait qu'elle lui était défavorable, il était émancipé et reprenait tous ses droits (1). S'il ne réclamait pas, ou si sa réclamation n'était point admise, l'adrogation se trouvait confirmée et produisait tous les effets ordinaires.

Caveat personæ publicæ. La personne publique dont il s'agit ici était primitivement un esclave public ; et les fragments d'Ulpien et de Marcellus, cités au Digeste, le portent textuellement : « *Servo publico* (2) ». La caution exigée consistait en une promesse verbale de restitution, faite par l'adrogeant sur la stipulation de cet esclave public. Comme, d'après les principes du droit civil romain, la stipulation faite par un esclave commun entre plusieurs maîtres est acquise à celui de ses maîtres qui y a intérêt, et que l'esclave public est censé appartenir à chacun, il avait été reçu que le bénéfice de la stipulation dont nous parlons serait acquis à ceux qui auraient intérêt à exiger la restitution. — Les esclaves publics par lesquels on faisait faire de préférence cette stipulation étaient ceux qui étaient chargés dans chaque cité de tenir les registres publics (*tabulæ*), sur lesquels devaient être inscrits plusieurs actes, tels que certaines donations, certains cautionnements : espèces de greffiers nommés *tabularii* (3). Arcadius et Honorius exigèrent que ces fonctions ne fussent données qu'à des hommes libres (4), qui purent ainsi acquérir pour autrui, comme le faisait autrefois l'esclave public. Par une dérogation notable aux principes géné

(1) Et si pubes factus non expediri sibi in potestatem ejus redigi probaverit æquum est emancipari eum a patre adoptivo, atque ita pristinum jus recuperare. (D. 1. 7. fr. 32 et 33). — (2) D. 46. 6. 2. f. Ulp. — *Ib.* 1. 7. 18. f. Marcell — (3) C. 7. 9. *De servis reipubl.* 3, const. Diocl. et Maximian. — (4) C. 10. 69. *De tabulariis scribis*, etc. 3. const. Arcad. et Honor.

raux, le bénéfice de la stipulation se trouvait acquis aux héritiers futurs, peut-être non encore conçus. Aussi l'action *ex stipulation* était-elle *utilis* (1).

IV. Minorem natu, majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur; et pro monstro est, ut major sit filius quam pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, *plena pubertate*, id est, decem et octo annis præcedere.

4. Nul ne peut adopter un plus âgé que soi; car l'adoption imite la nature, et il est contre nature que le fils soit plus âgé que le père. Celui qui se donne un fils par adoption ou par adrogation doit avoir de plus que lui la *puberté pleine*, c'est-à-dire dix-huit ans.

141. *Plena pubertate.* Pour les hommes, la puberté proprement dite était fixée, nous le savons, à quatorze ans; à dix-huit ans la puberté pleine : ainsi nommée parce qu'à cet âge elle avait acquis tout son développement, même chez les personnes les plus tardives (2). Nous ne trouvons, relativement à l'âge de l'adoptant et de l'adopté, d'autre règle que celle de ce paragraphe. Nous savons qu'un impubère, même enfant, peut être adopté ou adrogé, que l'âge de l'adoptant n'est pas non plus limité, quoique cependant on ne permette pas facilement l'adrogation à des personnes âgées de moins de soixante ans, parce qu'elles peuvent encore espérer d'avoir des enfants (3).

V. Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, neptis vel proneptis, vel deinceps adoptare, *quamvis filium quis non habeat.*

5. On peut adopter pour petit-fils, petite-fille, arrière-petit-fils ou petite-fille, *même lorsqu'on n'a point de fils.*

142. Selon qu'on adopte quelqu'un pour fils, pour petit-fils ou pour arrière-petit-fils, l'adoption produit des effets différents dans le degré de parenté, et par conséquent dans les prohibitions du mariage, dans les droits de tutelle et de succession. Quelqu'un est-il adopté comme fils, il est au premier degré de l'adoptant, le frère des enfants que ce dernier peut avoir, l'oncle de leurs descendants, qu'il ne pourra épouser jusqu'à l'infini. Est-il adopté comme petit-fils, il se trouve au deuxième degré de l'adoptant, le neveu des enfants de ce dernier, dont il peut épouser les descendants, car il n'est que leur cousin.

Quamvis filium quis non habeat. De ce que l'adoption imite la nature, on aurait pu conclure que pour adopter un petit-fils il fallait déjà avoir un fils (*filium et non filiam*), parce que les descendants d'une fille ne sont jamais au pouvoir de l'aïeul maternel. C'est cette objection qu'on prévient ici. Il suffit en effet que celui qui adopte un petit-fils pût être son aïeul naturellement, et partant qu'il ait de plus que lui deux fois la puberté.

VI. Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest quam nepotem in locum filii.

6. Et l'on peut adopter le fils d'un autre pour petit-fils, comme le petit-fils pour fils.

(1) D. 28. 6. 40. f. Papin. — (2) THEOPH. h. t. — (3) D. 1. 7. 15.

VII. Sed si quis nepotis loco adoptet, vel *quasi ex eo filio* quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet : eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur ; sed ex contrario, si avus ex filio nepotem *det in adoptionem*, non est necesse filium consentire.

7. Mais si l'on adopte un petit-fils *en le supposant issu d'un fils* déjà adopté, ou d'un fils naturel qu'on a sous sa puissance, ce fils doit aussi consentir à l'adoption, pour qu'elle ne lui donne pas malgré lui un héritier sien. Au contraire, l'aïeul peut *donner en adoption son petit-fils*, sans le consentement du fils.

143. *Quasi ex eo filio.* Lorsqu'on adoptait quelqu'un pour petit-fils, on pouvait le faire de deux manières : 1° simplement et sans lui désigner aucun membre de la famille pour père (*incerto natus*); 2° en désignant pour son père tel de ses enfants (*quasi ex filio*) (1). La différence entre ces deux cas était grande. Dans le premier, l'adopté entrait dans la famille comme un petit-fils dont le père serait déjà mort; il n'était que le neveu de tous les fils de l'adoptant; à la mort du chef de famille, il devenait libre et par conséquent héritier sien. Dans le second cas, l'adopté entrait comme petit-fils du chef de famille, et comme fils de celui de ses enfants qu'on avait désigné; à la mort du chef, il ne devenait point libre, mais il retombait sous la puissance et dans la famille de celui qu'on lui avait désigné pour père, et c'était par rapport à celui-là qu'il devenait héritier sien. Il y avait donc réellement deux adoptions dans une, et il fallait le consentement des deux adoptants, l'aïeul et le père.

Det in adoptionem. Nous avons déjà expliqué, n° 105, le principe sur lequel repose cette règle.

VIII. *In plurimis autem causis*, adsimilatur is qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo si quis per imperatorem, vel apud prætorem, vel præsidem provinciæ *non extraneum* adoptaverit, potest eumdem in adoptionem alii dare.

8. *Sous bien des rapports*, l'enfant adopté ou adrogé est assimilé à l'enfant né d'un légitime mariage. Ainsi, l'on peut donner en adoption à un autre celui qu'on a adopté par rescrit du prince, ou même devant le magistrat, *s'il n'était pas étranger*.

144. *In plurimis causis.* Nous savons déjà quels sont les effets de l'adoption. Lorsque l'adopté passe sous la puissance paternelle de l'adoptant, il entre dans sa famille : il devient l'agnat des membres de cette famille, et par conséquent leur cognat, puisque la *cognation* est la parenté en général : « Qui in adoptionem datur, his quibus agnascitur et cognatus fit : quibus vero non agnascitur nec cognatus fit (2) » : le chef de famille, ayant sur lui la puissance paternelle, peut en disposer comme de ses autres enfants, et par conséquent le donner en adoption à un autre.

Non extraneum. Cette circonstance est nécessaire pour l'adoption proprement dite, puisque, sans cela, il n'y aurait pas de puissance paternelle.

(1) D. 1. 7. 43. f. Pomp. — (2) D. 1. 7. 23. f. Paul.

IX. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.

9. Il y a encore cela de commun aux deux adoptions, que ceux qui ne peuvent engendrer, comme les impuissants, peuvent adopter; mais les castrats ne le peuvent pas.

145. Cette différence vient de ce que, chez l'impuissant, le vice d'organisation n'est ni assez complet ni assez démontré pour qu'il soit contre nature de supposer que celui qui paraît impuissant ait un enfant; d'autant plus, comme le remarque Théophile, que souvent on voit disparaître le vice qui produit l'impuissance. Pour le castrat, il n'en était pas de même : supposer qu'il avait un enfant était une chose évidemment contraire à la nature, et c'était pour cela que les Romains ne lui permettaient pas d'adopter, bien que l'adoption dût avoir pour but principal de donner légalement des enfants à ceux qui ne peuvent naturellement en avoir.

X. Feminæ quoque adoptare non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia principis, ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

10. Les femmes non plus ne peuvent adopter; car elles n'ont pas même leurs enfants naturels en leur pouvoir; mais la bienveillance impériale peut leur en donner la permission, comme adoucissement à la perte de leurs propres enfants.

146. C'est ainsi qu'une constitution de Dioclétien et Maximien permet l'adoption à une mère ayant perdu ses enfants. Dans ce cas, l'adoption ne produit jamais la puissance paternelle; mais elle établit entre la mère et le fils adoptif des liens semblables à ceux qui existent entre la mère et ses enfants propres : « *Et eum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus* (1). »

XI. *Illud proprium est* adoptionis illius quæ per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tanquam nepotes. Sic enim divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit, ut protinus, adoptione facta, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

11. *Il y a cela de propre* à l'adoption faite par rescrit, que si un père ayant des enfants en son pouvoir se donne en adrogation, non-seulement il passe lui-même en la puissance de l'adrogeant, mais ses enfants y passent aussi comme petits-fils; et ce fut ainsi qu'Auguste ne voulut adopter Tibère qu'après que ce dernier eut adopté Germanicus, afin qu'immédiatement après l'adoption Germanicus se trouvât le petit-fils d'Auguste.

147. *Illud proprium est.* La même chose n'a point lieu dans l'adoption proprement dite, parce que le fils de famille donné en adoption, bien qu'il soit marié et qu'il ait des enfants, ne les a jamais en sa puissance, puisqu'il est lui-même au pouvoir du chef, qui peut le céder en adoption et retenir ses enfants.

XII. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino

12. Nous apprenons des anciens que Caton avait écrit à bon droit que les

(1) C. 8. 48. 5.

adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi, in nostra constitutione etiam eum servum quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

esclaves, s'ils étaient adoptés par leur maître, pouvaient par cela seul devenir libres. Instruits par cette décision, nous avons établi dans notre constitution, qu'un esclave à qui son maître aura, dans un acte public, donné le titre de fils, sera libre, bien qu'il ne puisse par là acquérir les droits de fils.

148. L'adoption d'un affranchi n'était permise qu'à son patron, sans quoi les droits de patronage eussent été lésés (1). Quant à l'adoption des esclaves, elle n'était point valable comme adoption. Mais ce passage nous apprend qu'anciennement même elle suffisait pour donner la liberté à l'esclave adopté. Du reste, ce mode indirect de manumission produisait-il les mêmes effets que les affranchissements solennels par le cens, par la vindicte, par testament, ou ne faisait-il que donner une liberté de fait? C'est ce que rien ne nous indique. Justinien l'a rangé parmi les modes qu'il sanctionne dans la constitution que nous avons déjà citée n° 62.

149. L'adoption n'était point indissoluble : l'adoptant pouvait la détruire facilement, soit en émancipant l'adopté, soit en le donnant en adoption à un autre, non étranger. L'enfant une fois renvoyé de la famille n'était plus l'agnat ni le cognat d'aucun des membres, et tous les liens étaient rompus, sauf les prohibitions de mariage existantes encore entre l'adoptant et l'adopté : « In omni fere jure, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium (2). » Une fois dissoute, l'adoption ne pouvait plus être renouvelée entre les mêmes personnes : « Eum, quem quis adoptavit, emancipatum vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare (3). »

POUVOIR DU MARI SUR LA FEMME (*manus*).

150. Le mariage, même légitime (*justæ nuptiæ*), ne pouvait pas seul produire la puissance maritale; la femme tombait sous cette puissance (*in manum conveniebat*) de trois manières : par l'usage, la confarréation ou la coemption (*usu, farreo, coemptione*) (tom. I, *Hist.*, n° 121). — 1° Par l'usage (*usu*). D'après les Douze Tables, les objets mobiliers s'acquéraient par l'usage, c'est-à-dire par la possession d'une année : ce mode d'acquisition (*usucapio*) fut appliqué même à la femme; elle était acquise à son mari, et tombait en son pouvoir lorsque depuis le mariage elle avait été possédée par lui pendant une année sans interruption (*velut annua possessione usucapiebatur*). Si elle voulait éviter cette puissance, elle devait chaque année, pour interrompre l'usucapion, s'éloigner trois nuits de suite du toit conjugal (*usurpatum ire trinoctio*). Dans tous les mariages où l'on passait une année sans

annex in 3 ways. 1. usu.

(1) D. 1. 7. 15. § 3. — (2) 1. 7. *De adopt.* 13. f. Papin. — (2) *Ib.* f. 37. § 1.

2. Confarréation cette interruption, la puissance maritale avait lieu. — 2° Par la confarréation (*farreo*). Si l'on voulait que la puissance maritale fût produite à l'instant même du mariage, il fallait avoir recours aux formalités de la confarréation ou à celles de la coemption. Les premières consistaient dans une sorte de sacrifice pour lequel on se servait d'un pain de froment (*farreus panis*), d'où est venu le mot de confarréation (*farreum*). Ce sacrifice était accompagné de certaines solennités et de paroles sacramentelles, le tout en présence de dix témoins. Ces cérémonies religieuses, outre qu'elles produisaient la puissance maritale, rendaient les enfants issus du mariage capables d'être nommés à certaines fonctions sacerdotales; aussi est-il à présumer que la confarréation était surtout réservée 3. Coemption aux patriciens (1). — 3° Par la coemption (*coemptione*). Ce mode consistait dans la mancipation ou vente solennelle de la femme au mari, qui se portait acheteur (*coemptionator*). Nous allons dire bientôt quelles étaient les formalités de la mancipation. — Du reste, toutes ces formalités étaient bien distinctes du mariage, qui en lui-même n'en exigeait aucune; il faut bien se garder de se méprendre sur leur but, qui n'était pas de marier les conjoints, mais seulement de donner la *manus* au mari.

151. De quelque manière que la femme tombât au pouvoir de son mari, elle sortait de la puissance paternelle de son père et de sa propre famille, dans laquelle elle perdait tous ses droits d'agnation; mais elle entrait dans la famille du mari, dans laquelle elle prenait en quelque sorte le rang et les droits de fille : « Filiæ loco incipit esse, nam si omnino, qualibet ex causa, uxor in manu viri sit, placuit eam jus filiæ nancisci. » C'était alors seulement qu'elle se trouvait l'agnat de ses propres enfants, ayant en cette qualité des droits de succession sur eux, sur son mari, et réciproquement.

152. Tous ces détails sont tirés et presque traduits de Gaius (2), qui nous a donné là-dessus des idées à peu près inconnues. Il nous apprend que, de son temps, l'acquisition de la *manus* par l'usage était en partie abrogée par des lois, en partie tombée en désuétude; que la confarréation était pratiquée pour les grands flamines, c'est-à-dire les pontifes particuliers de Jupiter, de Mars et de Quirinus; que la coemption avait encore lieu, et qu'on l'employait fictivement, dans des cas autres que le mariage, afin d'éluder certaines dispositions de l'ancien droit (tom. I, *Hist.*, n° 322). Ulpien nous dit quelque chose de la confarréation dans les fragments qui nous restent de lui (3). Mais, sous Constantin, ce mode religieux disparut totalement avec le paganisme; il ne resta tout au plus que la coemption, qui finit elle-même par tomber en désuétude. A l'époque de Justinien, depuis longtemps il n'était plus question de puissance maritale (*manus*) : aussi les

(1) TACIT. *Ann.* 4. 16. — (2) GAIUS. 1. § 108 et suiv. — (3) ULP. *Reg.* tit. 9.

Instituts n'en disent pas un mot; les filles qui se marient restent toujours dans la famille de leur père, n'y perdent aucun de leurs droits d'agnation, n'entrent pas dans la famille du mari; elles n'y deviennent que des alliées; mais depuis longtemps aussi des sénatus-consultes avaient établi, comme nous le verrons, des droits d'hérédité entre la mère et les enfants.

POUVOIR SUR L'HOMME LIBRE ACQUIS PAR MANCIPATION (*mancipium*).

153. Un chef de famille pouvait vendre à un citoyen toutes les personnes soumises à sa puissance, ses esclaves, ses enfants, de quelque sexe qu'ils fussent, même sa femme lorsqu'il l'avait *in manu*. Mais les esclaves, comme les personnes libres, étaient de ces choses nommées *mancipii res*, dont on ne pouvait transporter le domaine civil (*dominium ex jure Quiritium*) que par la vente solennelle, la mancipation (tom. I, *Hist.*, n° 131). Cet acte se faisait en présence de cinq témoins, citoyens romains pubères, et d'une autre personne de même condition, portant une balance, et nommée à cause de cela porte-balance (*libripens*). L'acheteur, tenant la personne qu'on lui vendait, disait : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære, æneaque libra.* » A ces mots, il frappait la balance avec l'airain qu'il donnait au vendeur comme prix de la vente. Cette formalité n'était qu'un simulacre légalisé des ventes qui avaient lieu à l'époque où, la monnaie étant presque inconnue, on donnait les métaux au poids (1) (tom. I, *Hist.*, n° 89). La personne libre aliénée de cette manière tombait au pouvoir de l'acquéreur (*in mancipio*), et par rapport à lui était en quelque sorte assimilée à un esclave (*mancipati, mancipatæve servorum loco constituuntur*); cependant elle ne perdait pas sa qualité d'homme libre, point très-important à remarquer. Il y avait cette différence entre la mancipation que nous venons de décrire et celle qui avait lieu dans la *coemption* de la femme, que la première se faisait avec les mêmes paroles que l'achat des esclaves; ce qui n'avait pas lieu dans la coemption; aussi les personnes livrées *in mancipio* étaient-elles en quelque sorte esclaves; il n'en était pas de même de la femme tombée *in manu*.

154. Du reste, ce pouvoir particulier (*mancipium*) s'adoucit avant même la puissance sur les esclaves. Gaius nous dit qu'il n'était pas permis d'outrager les personnes qu'on avait *in mancipio*, sans s'exposer à être attaqué par l'action d'injure; de son temps, ce n'était même que fictivement et pour libérer leurs enfants de leur puissance que les chefs de famille les mancipaient. Dans un cas cependant la mancipation était sérieuse : c'était lorsqu'un individu ayant commis quelque dommage, le chef de famille à qui il appartenait en faisait l'abandon noxal, c'est-à-dire le donnait *in man-*

(1) GAIUS. 1. § 122.

cipio, en réparation du préjudice qu'il avait causé (*noxæ dedere, noxali causa mancipare*) (1). Mais ce dernier usage tomba encore en désuétude, comme nous l'apprennent les Instituts eux-mêmes (2). Il ne restait plus sous Justinien de la mancipation des personnes libres que l'emploi fictif qu'on en faisait pour les donner en adoption ou les émanciper; et cet empereur fit disparaître jusqu'à ces dernières traces. Aussi les Instituts ne parlent-ils pas plus du *mancipium* que de la *manus*.

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS POTESTATIS SOLVITUR.

Videamus nunc, quibus modis ii qui alieno juri sunt subjecti eo jure liberantur. Et quidem *servi quemadmodum a potestate liberantur*, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit : nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui *recasuri non sunt*. Itaque, si moriente avo pater eorum vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, *aut exiit de potestate patris*, tunc ii, qui in potestate ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

TITRE XII.

DE QUELLES MANIÈRES SE DISSOUT LE DROIT DE PUISSANCE.

Voyons maintenant de quelles manières les personnes soumises au pouvoir d'autrui en sont libérées. Déjà, par ce qui a été dit plus haut sur l'affranchissement, nous savons *comment les esclaves sont délivrés* de la puissance de leurs maîtres. Quant à ceux qui sont au pouvoir d'un ascendant, à la mort de ce dernier, ils deviennent maîtres d'eux-mêmes. Cependant il faut distinguer : à la mort du père, il est bien vrai que ses fils et ses filles deviennent toujours maîtres d'eux-mêmes, mais à la mort de l'aïeul il n'en est pas toujours ainsi des petits-fils et des petites-filles, qui ne deviennent maîtres d'eux-mêmes que dans le cas *où ils ne doivent pas retomber* de la puissance de l'aïeul sous celle du père. Si donc le père est vivant et soumis au pouvoir de l'aïeul lorsque ce dernier meurt, les petits-enfants, après cette mort, retombent en la puissance de leur père. Mais si lors du décès de l'aïeul le père est déjà mort *ou sorti de la famille*, ses enfants, ne pouvant pas tomber sous sa puissance, deviennent maîtres d'eux-mêmes.

155. Nous avons à examiner la dissolution des trois différents pouvoirs, *potestas*, *manus* et *mancipium*, en commençant par le premier, qui est le seul dont s'occupent les Instituts.

Servi quemadmodum a potestate liberantur. Le moyen de libérer de la puissance dominicale est l'affranchissement, dont il a été déjà traité; quant à la mort du maître, à son esclavage et aux autres événements qui peuvent le frapper, ils ne libèrent point l'esclave, mais ils en transmettent la propriété à un autre (3).

156. A l'égard des fils de famille, ils sont libérés de la puissance paternelle, comme nous le disent les empereurs Dioclétien et Maximien, par certains événements, ou par un acte solennel

(1) Gaius. 1. § 116 et suiv. § 141. — (2) Inst. 4. 8. 7. — (3) Theoph. hic.

(*actu solemni, vel casu*) (1) ; à cela il faut ajouter, et par certaines dignités. — Les événements qui rendaient les enfants *sui juris* étaient : la mort du chef de famille, la perte de la liberté, celle des droits de cité, soit que ces pertes frappassent le père, soit qu'elles frappassent l'enfant. Les Instituts examinent chacun de ces événements en particulier.

157. *Recasuri non sunt.* Le texte développe fort clairement ici comment, à la mort du chef, les enfants qui lui étaient soumis sans intermédiaire deviennent indépendants et chefs à leur tour; comment les petits-enfants retombent de la puissance de l'aïeul sous celle du père, et comment la grande famille se décompose ainsi en plusieurs petites, entre lesquelles le lien d'agnation continue de subsister.

Aut exiit de potestate patris. Quelques éditions ajoutent *per emancipationem;* mais, de quelque manière que le père soit sorti de la puissance paternelle, soit par émancipation, soit par adoption (2), il suffit qu'il ne soit plus dans la famille et qu'il y ait perdu ses droits, pour que ses enfants, à la mort de l'aïeul, ne retombent pas en sa puissance.

1. Cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si, ex indulgentia principis, *restituti fuerint per omnia*, pristinum statum recipiunt.

1. Celui qui pour quelque crime est déporté dans une île, perd les droits de cité; il est effacé du nombre des citoyens romains, et dès lors ses enfants, comme s'il était mort, cessent d'être en sa puissance. De même l'enfant qui se trouve sous la puissance paternelle cesse d'y être soumis lorsqu'il est déporté. Mais s'ils obtiennent de la clémence du prince *une restitution entière*, ils reprennent leur ancien état.

Deported persons lose power

158. Les droits de cité se perdaient par l'interdiction de l'eau et du feu, et plus tard par la déportation. Nous aurons occasion bientôt d'en parler avec détail (3). L'homme frappé de ces peines devenait étranger (*peregrinus*), et comme tel perdait tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits de citoyen. S'il était chef de famille, sa puissance devait donc s'évanouir; et s'il était *alieni juris*, il devait, par une raison semblable, sortir de sa famille et de la puissance paternelle : « Neque (enim) peregrinus civem romanum, neque civis peregrinum in potestate habere potest (4). »

Restituti fuerint per omnia. L'empereur, ayant le pouvoir de faire grâce, pouvait rappeler le condamné. Si ce rappel était fait purement et simplement, tous ses effets se bornaient à libérer le condamné de sa peine, à lui permettre de rentrer dans sa patrie

(1) C. 8. 49. 3. — (2) Excepté toutefois par le patriciat ou par les autres dignités qui, en vertu d'une novelle, libéraient de la puissance paternelle sans faire perdre les droits de famille (voyez le § 4 suivant).— (3) INST. 1. 16. 2.— (4) ULP. *Reg.* 10. 3. — GAI. 1. § 128.

et d'y reprendre le titre de citoyen; dans ce cas, la puissance paternelle ne renaissait pas. Mais si l'empereur avait accordé une restitution entière (*Restituo te in integrum; restituo te per omnia*), alors le restitué rentrait dans ses dignités, dans son rang et dans tous les droits qu'il avait jadis (*Ut autem scias quid sit in integrum restituere : honoribus, et ordini tuo, et omnibus cæteris te restituo*); par conséquent, la puissance paternelle renaissait (1). Du reste, et dans tous ces cas, ce n'était que pour l'avenir que le gracié reprenait ses droits, parce que le pouvoir impérial ne pouvait pas détruire dans le passé des effets qui avaient été définitivement produits.

Relegated person not in power.

II. Relegati autem patres in insulam, in potestate sua liberos retinent, et ex contrario, liberi relegati in potestate parentum remanent.

2. Quant aux pères relégués dans une île, ils conservent leur puissance paternelle : et réciproquement, les enfants relégués restent sous cette puissance.

159. La rélégation était une peine moins forte que la déportation. Elle était ordinairement temporaire, quelquefois perpétuelle; mais dans tous les cas elle laissait au condamné ses droits de cité : « Sive ad tempus, sive in perpetuum quis fuerit relegatus, et civitatem romanam retinet (2). » Son effet se bornait à ôter au condamné le droit de sortir du lieu désigné (*tantum enim insula eis egredi non licet*). Mais le relégué conservait la puissance paternelle comme tous ses autres droits civils (*quia et alia omnia jura sua retinet*) (3).

III. Pœnæ servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.

3. Celui qui devient esclave de la peine cesse d'avoir ses enfants en son pouvoir. Deviennent esclaves de la peine, ceux qui sont condamnés aux mines, ou exposés aux bêtes.

160. Celui qui est fait esclave se trouve mis au rang de chose; il perd non-seulement les droits de citoyen, mais encore les droits des gens, et, s'il est chef de famille, sa puissance paternelle s'évanouit avec tous ses autres droits. Quant aux cas dans lesquels un homme libre devient esclave, nous les avons exposés (nos 44 et suiv.); mais, de quelque manière que l'esclavage ait été produit, il faut appliquer ce que notre texte dit ici touchant l'extinction de la puissance paternelle, quoiqu'il ne parle que de la condamnation aux mines ou aux bêtes, condamnations qui plus tard, en vertu d'une novelle de Justinien, cessèrent même de produire l'esclavage.

161. Nous venons d'examiner les événements accidentels (*casus*) qui terminent la puissance paternelle : parmi ces événements il faudrait ranger, il est vrai, la captivité chez l'ennemi, puisqu'elle produit l'esclavage; mais, pour suivre les Instituts, nous serons forcé d'en parler plus bas. D'ailleurs il y a dans ce cas quelques

(1) C. 9. 51. const. 1. 6 et 9. — (2) D. 48. 22. 7. § 3. f. Ulp. — (3) Ib. 4. f. Marc.

différences très-marquées. Avant d'aller plus avant, une observation nous reste à faire. Lorsque les enfants ne deviennent *sui juris* que parce que le chef de famille est mort, fait esclave ou privé des droits de cité, mais que d'ailleurs ils sont restés jusqu'à ce moment sous la puissance paternelle, la libération de cette puissance ne les prive d'aucun de leurs droits de famille; ils ne sortent pas de la famille, qui ne fait que se décomposer en plusieurs; le lien d'agnation continue à exister entre eux et les autres membres devenus *sui juris*, et leurs enfants actuellement existants, et même ceux qui surviendront par la suite.

IV. Filius familias si militaverit, vel si senator vel consul factus fuerit, manet in potestate patris, militia enim, vel consularis dignitas, de potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico, imperialibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit ab aliena eximere potestate?

4. Le fils de famille qui est devenu soldat, sénateur ou consul, reste sous le pouvoir du père; car ni l'état des armes, ni la dignité consulaire ne délivrent de la puissance paternelle. Mais d'après notre constitution, la haute dignité de patrice, immédiatement après la délivrance des patentes impériales, libère le fils de la puissance de son père. Serait-il supportable en effet que, par l'émancipation, un père pût dégager son fils des liens de sa puissance, tandis que la position sublime de l'empereur ne lui suffirait point pour arracher à un pouvoir étranger celui qu'il s'est choisi pour père.

162. Ni l'âge, ni les noces, ni les dignités, ne libéraient un fils de la puissance paternelle. Les consuls, les dictateurs commandaient à la république; mais, rentrés dans la maison paternelle, ils n'étaient que fils de famille et obéissaient à leur père. Cependant les flamines de Jupiter, c'est-à-dire les pontifes consacrés spécialement au culte de ce dieu, et les vestales ou vierges consacrées à Vesta, sortaient de la puissance de leur père, parce qu'ils étaient censés entrer sous celle du dieu ou de la déesse (1); mais toutes ces institutions disparurent avec le paganisme. Justinien, dans le rescrit dont parlent ici les Instituts, et qui se trouve inséré au Code (2), attacha à la dignité de patrice le privilége de rendre indépendant le fils qui en était revêtu. Nous avons expliqué quelle était cette dignité créée par Constantin (tom. I, *Hist. du droit*, n° 473). Plus tard (an 529 de J. C.), Justinien établit par une novelle que la dignité d'évêque, de consul, et généralement toutes celles qui libèrent de la curie, c'est-à-dire qui déchargent les curiaux de leurs obligations (tom. I, *Hist.*, n° 444), libéreraient aussi de la puissance paternelle (3). Parmi ces dignités se rangent encore celles de préfet du prétoire, soit dans la capitale, soit dans les provinces, de questeur du sacré palais, de maître de la cava-

(1) ULP. *Reg.* tit. 10. § 5. — GAI. 1. § 130. — AUL. GELL. 1. 12. *Noct. att.* — (2) C. 12. 3. 5. — (3) Nov. 81.

lerie ou de l'infanterie (1). — Par un privilége particulier, les enfants devenus *sui juris* par les dignités, bien qu'ils fussent sortis de la puissance paternelle avant la mort du chef, ne perdaient aucun de leurs droits; ils étaient toujours comptés dans la famille comme agnats; lorsque le chef mourait, ils lui succédaient comme héritiers siens; et leurs enfants, s'ils en avaient, retombaient sous leur puissance (2).

V. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter *jus postliminii*: quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint omnia pristina jura recipiunt; idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse. Si vero ibi decesserit, *exinde ex quo captus est pater*, filius sui juris fuisse videtur. *Ipse quoque filius*, neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium, a limine et post. Unde eum, qui ab hostibus captus, in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidem et terminus : ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur quo amissus erat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, *postliminio rediisse* existimatur.

5. Si l'ascendant tombe au pouvoir des ennemis, il devient leur esclave, et néanmoins l'état des enfants reste en suspens, à cause du droit de *postliminium*, parce que les prisonniers faits par l'ennemi, s'ils reviennent, reprennent tous leurs anciens droits. Ainsi l'ascendant, s'il revient, aura ses enfants en sa puissance, l'effet du *postliminium* étant de faire supposer que le captif est toujours resté au nombre des citoyens; mais s'il meurt dans les fers, le fils est réputé avoir été maître de lui-même *depuis l'instant où le père a été pris*. Si c'est le fils ou le petit-fils qui tombe au pouvoir des ennemis, il faut dire pareillement que, par le droit de *postliminium*, la puissance paternelle reste encore en suspens. Quant à l'expression *postliminium*, elle vient de *limes* (seuil) et *post* (ensuite), d'où l'individu pris par l'ennemi, et retourné ensuite à nos frontières, est dit avec raison *reversum postliminio* (retourné ensuite au seuil). En effet, comme le seuil d'une maison est une espèce de frontière, de même les anciens ont vu dans la frontière d'un empire une espèce de seuil; de là on a dit *limes* (seuil), pour dire frontière, limite; et de là *postliminium*, parce que le captif revient au même seuil d'où il avait été perdu. Celui qui est repris sur les ennemis vaincus est encore censé de retour *postliminio*.

163. *Jus postliminii.* Le droit de *postliminium* est fort important, et plus d'une fois encore nous aurons occasion d'en parler. Il était de deux sortes : « Duæ species postliminii sunt, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus (3) »; l'une s'appliquait à certaines choses tombées au pouvoir de l'ennemi, qui, si elles étaient recouvrées, devaient revenir à leur maître : tels étaient les immeubles, les esclaves, les chevaux, les navires, jamais les armes, parce qu'on ne peut les perdre que honteusement (*quod turpiter amittantur*) (4); l'autre s'appliquait aux personnes libres : c'est

(1) C. 10. 31. 66. — (2) Nov. 81. c. 2. — (3) D. 49. 15. 14. f. Pomp. — (4) *Ib.* fr. 2.

Jus postliminii

de celle-là qu'il s'agit ici. Le citoyen pris par les ennemis devenait leur esclave ; mais, dans sa patrie, on ne le considérait pas définitivement comme tel : son état se trouvait soumis à une véritable condition suspensive, la condition de son retour. En attendant, tous ses droits sur ses biens, sur ses enfants, sur ses esclaves, sur leurs pécules, etc., étaient suspendus : « Omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur (1). » Si, par un moyen quelconque, il était retiré des mains ennemies, la condition suspensive s'étant accomplie, il rentrait dans tous ses droits, sauf quelques légères exceptions, non-seulement pour l'avenir, mais pour le passé, comme s'il n'avait jamais été au pouvoir des ennemis : « Cætera quæ in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisset (2). » Ce bénéfice attaché au retour du captif se nommait *jus postliminii*. Si, au contraire, il mourait dans sa captivité, la condition suspensive ne s'étant point accomplie, il devait, d'après le droit strict, être considéré comme ayant été esclave depuis l'instant qu'il avait été pris, et comme ayant perdu tous ses droits en conséquence. Cependant nous verrons plus loin qu'une loi CORNELIA *testamentaria*, rendue sous Sylla (tom. I, *Hist.*, n° 300), voulut que, par rapport à son testament, on agît comme s'il avait perdu ses droits, non par l'esclavage, mais par la mort, ce qui était fort important (3), et cette disposition fut par la suite étendue généralement. De sorte qu'Ulpien exprime les résultats que nous venons d'exposer, en disant que si le captif revient de chez l'ennemi, il est censé n'être jamais sorti du nombre des citoyens (c'est le *jus postliminii*) ; et que s'il ne revient plus, il est considéré comme

(1) D. 28. 5. 32. § 1. f. Gai. — Il est de quelque importance de connaître la position du citoyen pendant sa captivité. On peut, ce me semble, la résumer ainsi : 1° Tout ce qui consiste en droit, ou, pour mieux dire, dans la jouissance des droits (*quæ in jure consistunt*), est en suspens, et lui sera acquis s'il revient. Ainsi, les droits de puissance dominicale et paternelle, les acquisitions faites par ses enfants ou ses esclaves sont en suspens (D. 49. 15. 22. §§ 2 et 3. f. Jul. — 38. 16. 15. f. Papin.); il peut être institué héritier, mais l'institution est en suspens (D. 28. 5. 32. § 1. f. Gaius); les droits de tutelle qu'il peut avoir sont en suspens (INST. 1. 20. 2); sa succession est en suspens, et n'est pas encore déférée, etc. 2° Tout ce qui consiste dans l'exercice des droits lui est retiré. Ainsi, il ne pourrait contracter de justes noces, adopter, stipuler, etc.; ainsi, le testament qu'il aurait fait en captivité serait nul, même en cas de retour (INST. 2. 12. 5). 3° Tout ce qui consiste en fait est pareillement perdu pour lui (*Facti autem causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt*). Si donc il possédait une chose par lui-même, l'usucapion est interrompue (D. 49. 15. 12. § 2); de même, si sa femme est restée dans sa patrie, comme il n'y a plus réunion de fait entre eux, le mariage est rompu (*Ib.* § 4. — D. 24. 2. 1. f. Paul.) Si, au contraire, sa femme se trouvait en captivité avec lui, et qu'ils eussent des enfants, la légitimité de ceux-ci serait en suspens (D. 49. 15. 25. f. Marci.). 4° Par exception et en vertu de la loi Cornélia, la validité du testament fait avant la captivité n'est pas en suspens (INST. 2. 12. 5).

(2) D. 49. 15. 12. § 6. f. Tryph. — (3) PAUL. *Sent.* 3. 4. § 8. — INST. 2. 12. 5.

mort du moment où il a été pris (c'est ce que les commentateurs ont nommé *fiction de la loi Cornélia*) : « Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit. — In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est (1). »

164. Ces résultats généraux sont appliqués par les Instituts à la puissance paternelle. Tant que le père est captif, l'état des enfants est en suspens, parce que le postliminium peut avoir lieu ; il leur est cependant permis dans l'intervalle de se marier, quoiqu'ils ne puissent obtenir le consentement de leur chef (2). Si le père revient, il reprend sa puissance comme s'il ne l'avait jamais perdue ; s'il meurt dans les fers, les enfants sont réputés libres depuis le jour de sa captivité : et, pour cet effet, ce qu'on nomme la *fiction de la loi Cornélia* est indifférent, parce que, soit que le père ait perdu ses droits par l'esclavage, soit qu'il les ait perdus par la mort, sa puissance est également dissoute.

165. *Exinde ex quo captus est pater*. Gaius nous dit qu'on pouvait douter, de son temps, si les enfants devenaient libres à dater de la mort réelle du père, ou à dater du jour de sa captivité (3). Le doute venait probablement de ce que les enfants, puisque dans l'intervalle leur état avait été en suspens, n'avaient réellement pas agi comme des personnes *sui juris*, et la question n'était pas sans importance, parce que, si on les considérait comme *sui juris* depuis la captivité, tout ce qu'ils avaient acquis, à partir de cette époque, était pour eux ; tandis qu'il n'en était pas de même si on ne les considérait comme *sui juris* que depuis la mort (4). Environ trente ans après Gaius, deux jurisconsultes résolvent la question en faveur des enfants : l'un est *Tryphoninus* (tom. I, *Hist.*, n° 281), dont l'avis se trouve au Digeste (5) ; l'autre, Ulpien, qui dit que sur tous les points de droit (*in omnibus partibus juris*), le captif est censé mort du jour de sa captivité. Cette opinion, qui du reste ne paraît guère avoir été controversée, est celle que consacrent les Instituts.

Ipse quoque filius. Quand le fils revient de chez l'ennemi, le *postliminium* produit un double effet. Car il y a à la fois, pour le père, recouvrement du fils qu'il avait perdu ; pour le fils, réintégration dans tous ses droits : « Duplicem in eo causam esse oportet postliminii : et quod pater eum reciperet, et ipse jus suum (6). »

Postliminio rediisse. De quelque manière que le captif soit revenu, par ruse, par force, par rachat, peu importe : « Nihil interest quomodo captivus reversus est (7). » Dès l'instant qu'il est parvenu sur le territoire de l'empire, ou sur celui d'un peuple allié ou ami, il y a *postliminium* (8).

(1) D. 49. 15. 16. f. Ulp. — *Ib.* f. 18. — (2) Voyez ci-dessus, p. 86. — D. 49. 15. 12. § 2. — (3) Gai. 1. § 129. — (4) Theoph. h. p. — (5) D. 49. 15. 12. § 1. — (6) D. 49. 15. 14. f. Pomp. — (7) D. *ib.* f. 26. — (8) D. *ib.* f. 19. § 3.

VI. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per *imaginarias venditiones* et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel *ex imperiali rescripto*. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit : ut, fictione pristina explosa, *recta via ad competentes judices vel magistratus, parentes intrent;* et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps, sua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis bonis qui quæve a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, *quæ tribuuntur patrono* in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

6. De plus, les enfants sont encore libérés de la puissance paternelle par l'émancipation. Cet acte, avant nous, se faisait ou d'après les anciennes formalités de la loi, à l'aide de ventes fictives et d'affranchissements intermédiaires, ou par rescrit du prince. Mais, dans notre sagesse, nous avons encore, par une constitution, amélioré ce point en le réformant; de sorte que, rejetant l'ancienne fiction, *les ascendants n'auront qu'à se présenter directement devant les juges ou magistrats compétents,* et là ils pourront affranchir de leur puissance leurs fils, filles, petit-fils, petites-filles ou autres. Alors, conformément à l'édit du préteur, on donne à l'ascendant, sur les biens de l'enfant qu'il a ainsi émancipé, les mêmes droits qu'au patron sur les biens de l'affranchi; et de plus, si cet enfant est impubère, l'ascendant se trouve par l'émancipation investi de sa tutelle.

Justinian simplifie émancipat

166. *Imaginarias venditiones.* Le droit primitif et la loi des Douze Tables ne donnaient pas au père le droit de libérer directement le fils de la puissance paternelle. Il n'existait pas un mode d'affranchissement pour cette sujétion comme pour celle de la servitude : il fallut donc chercher des moyens indirects pour y parvenir. La loi des Douze Tables les fournit elle-même.

Lorsqu'un chef de famille usait du droit qu'il avait de vendre ses enfants (*venumdare, mancipare*), transportant par la vente sa propriété à l'acquéreur, il ne devait plus régulièrement avoir de puissance sur l'enfant vendu. Cependant la loi des Douze Tables portait : « *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto* » (tom. I, *Hist.*, p. 103, tab. IV, § 3), ce qui s'expliquait en ce sens que, si le citoyen devenu propriétaire du fils par la mancipation l'affranchissait, cet enfant ne devenait point *sui juris*, mais il retombait au pouvoir de son père, qui pouvait le vendre une seconde fois. Si le second acquéreur l'affranchissait encore, il retombait de nouveau au pouvoir de son père, qui pouvait le vendre une troisième fois; et ce n'était qu'après cette troisième vente que la puissance paternelle était entièrement épuisée. Comme le texte de la loi, dans cette disposition toute spéciale, ne parlait que du fils (*filium*), les jurisconsultes n'étendirent cette expression ni aux filles ni aux petits-enfants; et, quant à eux, le chef de famille perdait toute sa puissance après une seule vente (1). Dans quelle position se trouvait l'enfant vendu, même après que la puissance paternelle était totalement épuisée? Nous savons qu'il était au pouvoir de celui qui l'avait acheté par mancipation (*in*

(1) Gaius. 1. § 132. — Ulp. *Reg.* tit. 10. § 1.

mancipio), assimilé en quelque sorte à un esclave; mais il pouvait arriver que son maître l'affranchît, et alors il se trouvait *sui juris*, libre de la puissance paternelle épuisée par les ventes, et libre du *mancipium* éteint par l'affranchissement. Seulement l'affranchissant avait sur lui des droits de patronage et de succession, ainsi que nous allons bientôt le dire en parlant de ces affranchissements. Voilà comment, d'après les principes rigoureux des Douze Tables, les enfants, après une ou plusieurs mancipations, suivies d'un ou de plusieurs affranchissements, pouvaient se trouver *sui juris*. Il est probable que, dans le principe, ces *mancipations* furent réelles, mais bientôt elles devinrent fictives. Un père qui voulait rendre son fils *sui juris* convint avec un ami de le lui manciper, celui-ci promettant de l'affranchir, et ces mancipations finirent par n'être employées le plus souvent que fictivement, pour éteindre la puissance paternelle (1). On nomma *émancipation* cet acte composé de *mancipations* simulées et d'affranchissements intermédiaires. Du reste, les différentes mancipations pouvaient se faire soit à la même personne, soit à des personnes différentes, le même jour ou après des intervalles quelconques; mais, quand elles étaient fictives, on avait coutume de les faire de suite et à la même personne (2). Un seul inconvénient se présentait : c'était celui qui résultait de ce que l'acquéreur fictif gardait sur le fils, en qualité de manumisseur (*manumissor extraneus*), des droits de patronage, de tutelle, de succession. Pour y remédier, le père faisait ordinairement la mancipation avec le contrat de fiducie (*contracta fiducia*). C'était, dans le sens le plus restreint, un contrat par lequel, en recevant une chose en mancipation, l'acquéreur s'obligeait à remettre, dans un cas déterminé, cette même chose en la propriété du mancipant, par une nouvelle mancipation qu'il lui en ferait à son tour. Il est probable que le contrat se trouvait formé au moyen des paroles prononcées lors de la mancipation et qui en faisaient la loi (*lex mancipii*), conformément aux prescriptions mêmes des Douze Tables (ci-dess., tom. I, p. 106, tab. VI, § 1). Ici le père obligeait celui à qui il transférait la propriété de son fils à la lui rendre : « *Ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur* (3), » et alors, la remancipation lui en ayant été faite, il avait son fils non pas *in patria potestate*, puisque cette puissance était épuisée par les ventes, mais *in mancipio*. Dans cette position, il pouvait l'affranchir lui-même et acquérir les droits de tutelle et de succession.—Le nom de contrat de fiducie, pris dans sa plus

(1) GAIUS. 1. § 118. — (2) PAUL. *Sent.* 2. 25. 2. — GAIUS. 1. § 132. — (3) GAIUS. 1. § 140. — Sigonius (*De judic.* 1. 5) a cru pouvoir induire de certains passages de Cicéron, la formule, sinon textuelle, au moins approximative, de cette fiducie, imposée à la troisième mancipation : « *Ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione, ut mihi emancupas, ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder.* » (CICER. *De officiis*, 3. 15. — *ad Div.* 7. 12.)

grande généralité, peut s'appliquer aussi au contrat par lequel le père obligeait l'acquéreur, toujours par le même procédé, non pas à lui rémanciper son fils, mais à l'affranchir. Le père, s'il n'imposait pas une de ces conditions, imposait au moins l'autre.

Ex imperiali rescripto. C'est un mode d'émancipation introduit par Anastase, que les commentateurs ont nommé pour cela *émancipation anastasienne.* Il consistait à obtenir de l'empereur un rescrit autorisant l'émancipation, et à faire insinuer ce rescrit par un magistrat, aux mains duquel il était déposé (1).

Recta via ad competentes judices vel magistratus, parentes intrent. La formule de cette émancipation simplifiée aurait été, suivant le *Promptuarium* d'Harménopule, ainsi conçue : « *Hunc sui juris esse patior, meaque manumitto* » (*Prompt.*, 1, 17, 8).

Quæ tribuuntur patrono. Justinien, en remplaçant l'ancien mode d'émancipation et celui qu'avait introduit Anastase par un mode beaucoup plus simple, voulut cependant conserver à cet acte tous les effets qu'il avait jadis, même quand la mancipation était faite *contracta fiducia* (2) : voilà pourquoi il accorde à l'ascendant qui émancipe tous les droits du patron.

VII. Admonendi autem sumus, *liberum arbitrium esse* ei qui filium, et ex eo nepotem vel neptem, in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur.

7. Il est bon d'avertir que celui qui a sous sa puissance un fils, et de ce fils un petit enfant, est libre d'émanciper le fils, en retenant le petit-fils ou petite-fille; et réciproquement de retenir le fils en émancipant le petit-fils ou petite-fille; ou bien de les rendre tous maîtres d'eux-mêmes. Et ceci, nous sommes censés le dire aussi pour les arrière-petits-enfants.

167. *Liberum arbitrium esse.* Ce principe a déjà été énoncé (n° 105).—L'émancipation pouvait être faite sur un enfant de tout âge, même impubère, parce qu'elle avait pour but de le libérer du pouvoir paternel, mais non pas de lui donner la faculté de se gouverner seul.—Elle ne pouvait jamais avoir lieu malgré l'enfant. Paul dit expressément : « *Filius familias emancipari invitus non cogitur* (3). » Cette règle est encore énoncée dans une novelle comme reconnue incontestablement (4). Cependant on appliquait ici ce que nous avons dit pour l'adoption (n° 137) : il suffisait que l'enfant ne contestât point.

168. Les effets de l'émancipation étaient de rendre l'enfant *sui juris*. Sous ce rapport elle lui était avantageuse, mais sous d'autres elle pouvait lui être nuisible, car l'enfant sortait de sa famille, tous ses liens d'agnation étaient rompus; ses enfants, s'il en avait, n'étaient pas en sa puissance et ne pouvaient plus s'y trouver, à moins que le chef ne consentît à les lui donner en adoption; selon

(1) C. 8. 49. 5. — (2) INST. 3. 2. 8. — (3) PAUL. *Sent.* 2. 25. § 5. — (4) Nov. 89. c. 11. pr.

la stricte rigueur des lois, il perdait ses droits de succession quant aux autres membres de la famille. Nous verrons plus loin comment ces divers résultats furent adoucis par les préteurs, par les constitutions impériales et par Justinien.

169. L'émancipation n'était pas irrévocable; elle pouvait être résiliée lorsque l'enfant émancipé se rendait coupable envers son père de mauvais traitements ou d'injures. Par cette résiliation, il se trouvait rappelé sous la puissance paternelle (1). (App. 1, liv. 3.)

VIII. Sed et si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit : id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo præsente qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem esse plenissimam antea diximus.

8. Si le père donne son fils en adoption à un aïeul ou à un bisaïeul naturel, conformément à nos constitutions sur cette matière, c'est-à-dire en le déclarant dans un acte devant le magistrat compétent, en présence et sans opposition de l'adopté, comme aussi en présence de l'adoptant, la puissance paternelle s'éteint en la personne du père naturel, et passe à un tel père adoptif, pour qui l'adoption, comme nous l'avons dit plus haut, est pleine et entière.

170. Tout ceci nous est déjà connu par ce que nous avons dit sur l'adoption (n°s 138 et 139). Dans ce cas, la puissance paternelle s'éteint; mais le fils ne devient pas *sui juris*, il ne fait que changer de chef; et en cela ce mode de dissolution du pouvoir paternel diffère de ceux que nous avons examinés jusqu'ici. On peut, sous ce dernier rapport, assimiler à ce cas celui où un chef de famille se donne en adrogation : sa puissance paternelle se dissout, mais ses enfants le suivent sous le pouvoir d'un nouveau père de famille (n°s 132 et 147).

IX. Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua : nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subjicitur.

9. Il faut savoir que si ta bru étant enceinte de ton fils, tu as émancipé ce dernier ou tu l'as donné en adoption, l'enfant qu'elle met au monde naît toujours sous ta puissance; mais s'il a été conçu après l'émancipation ou après l'adoption, il est au pouvoir de son père émancipé ou de son aïeul adoptif.

171. Lorsqu'un fils marié en justes noces était émancipé ou donné en adoption, sa femme le suivait toujours, soit qu'elle fût *in manu*, soit qu'elle n'y fût point, et cela parce que le mariage est une union indivisible (p. 78 et n° 118). Quant aux enfants, ceux qui étaient déjà nés ou conçus restaient au pouvoir du chef. Nous ajoutons même les enfants conçus, parce que nous savons qu'en mariage légitime les enfants suivent la condition du père, prise au moment de la conception (n° 48). — Jadis, quand les enfants étaient émancipés par des *mancipations*, comme il pouvait y avoir

(1) C. 8. 50.

des intervalles de temps entre ces mancipations, et qu'un enfant pouvait avoir été conçu pendant ces intervalles, on distinguait : s'ils étaient conçus avant la dernière mancipation, et par conséquent sans que la puissance du chef fût éteinte, ils naissaient sous cette puissance; s'ils étaient conçus après, ils n'y étaient point soumis (1).

X. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi, *ullo pene modo* possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

10. Du reste, les enfants, soit naturels, soit adoptifs, n'ont presque aucun moyen de contraindre leurs ascendants à les émanciper.

172. *Ullo pene modo*. Les cas où un père pouvait être forcé d'émanciper ses enfants étaient ceux-ci : s'il avait prostitué ses filles (*qui suis filiabus peccandi necessitatem imponunt*) (2); exposé ses enfants (3); contracté un mariage incestueux (4); enfin on peut y joindre le cas où celui qui avait été adopté pendant qu'il était impubère, une fois parvenu à la puberté, faisait dissoudre par l'émancipation l'adoption qu'il prouvait lui être désavantageuse (n° 140).

When eman cipat[n] co[?] be compell[ed]

Comment se dissolvaient le pouvoir marital (manus) *et le* mancipium.

173. Il paraît que le pouvoir marital (*manus*) pouvait être dissous même durant le mariage : quel était le mode de dissolution? Le manuscrit de Gaius était trop altéré à ce passage pour qu'on ait pu le lire en entier. Ce mode était probablement l'émancipation; parce que la femme *in manu* était assimilée en quelque sorte à une fille (5). Ce pouvoir était encore détruit, même contre le gré du mari, quand la femme lui envoyait le *repudium*, et divorçait.

174. Les personnes soumises au *mancipium* étant considérées comme esclaves, devenaient *sui juris* lorsqu'elles étaient affranchies par la vindicte, par le cens, ou par testament; mais les restrictions portées par les lois *Ælia Sentia* et *Furia Caninia* ne s'appliquaient pas à ces affranchissements. Bien plus, à l'époque où le *mancipium* était devenu le plus souvent fictif, ayant pour but de rendre un fils indépendant, la volonté du maître ne pouvait pas empêcher que l'enfant qu'on lui avait livré *in mancipio* ne fût inscrit, lors du recensement, comme libre et *sui juris*, à moins que la mancipation n'eût été faite sérieusement pour cause noxale (6). — Celui qui était libéré par manumission du *mancipium* n'était point affranchi : il était ingénu, puisqu'il était né libre et n'avait jamais été esclave; cependant, de même qu'il était assimilé à un esclave (*servorum loco habetur*), de même l'affran-

(1) GAIUS. 1. § 135. — (2) C. 11. 40. 6. — 1. 4. 12.— (3) C. 8. 52. 2. — Nov. 153. c. 1. — (4) Nov. 12. c. 2. — (5) GAIUS. 1. § 136. — Voy. comme mettant ce point presque hors de doute, ULP. *Reg.* 11. § 5.—GAIUS. 1. § 166. — (6) GAIUS. 1. § 138 et suiv.

chissant (*manumissor extraneus*) était assimilé, sous plusieurs rapports, à un patron (*per similitudinem patroni*), et, comme tel, il avait des droits de succession (1), ce qui fut, comme nous le verrons plus loin, corrigé par le préteur (2), et des droits de tutelle : dans ce cas, Ulpien et Gaius le nomment *tutor fiduciarius* (3). Quant à la question de savoir si les enfants de l'homme soumis au *mancipium* le suivaient après son affranchissement, ou restaient au pouvoir du maître, Labéon la décidait pour le maître; mais Gaius pense que ces enfants doivent être *sui juris* si leur père meurt *in mancipio*, et soumis au pouvoir paternel, si le père est affranchi (4). Cette différence d'opinion pouvait venir de ce que le *mancipium* était souvent réel sous Labéon, et presque toujours fictif sous Gaius.

ACTIONS RELATIVES AU DROIT DE FAMILLE.

Parmi ces actions, nous ne ferons ici qu'indiquer les plus importantes.

175. Relativement à la paternité ou à la puissance paternelle : 1° L'action *de partu agnoscendo* était donnée, soit pendant le mariage, soit après le divorce, à la femme contre le mari, afin que celui-ci eût à reconnaître et à élever, comme son fils légitime, l'enfant dont elle venait d'accoucher. Pour assurer davantage ses droits, la femme, lorsqu'elle s'apercevait qu'elle était enceinte, pouvait, dans les trente jours qui suivaient le divorce, dénoncer sa grossesse au mari; celui-ci avait le droit d'envoyer vérifier cette grossesse, et de placer des gardiens pour empêcher une supposition de part (*custodes mittere*); il pouvait aussi contester que l'enfant fût conçu de lui. — 2° Des actions étaient également données au père contre un enfant, soit pour faire reconnaître qu'il en était le père, soit pour faire reconnaître qu'il ne l'était pas; et au fils contre un père, soit pour faire reconnaître qu'il était son fils, soit pour faire reconnaître qu'il ne l'était pas (5). Aucune de ces actions n'était reçue quand il s'agissait d'enfants *vulgo concepti* (6). — D'autres actions pouvaient avoir lieu relativement non pas à la paternité, mais à la puissance paternelle : le père agissait pour faire reconnaître que son fils était sous sa puissance, ou qu'il n'y était pas; ou bien le fils agissait pour faire reconnaître qu'il était *sui juris*, ou qu'il ne l'était pas. Toutes ces actions étaient dans la classe de celles qu'on nommait *préjudicielles;* qualité propre à certaines actions, que nous développerons plus loin (7). — Sous un autre rapport, lorsqu'un père voulait réclamer son fils des mains d'un étranger, il le faisait

---

(1) Voy. un fragment des Instituts d'Ulpien, liv. 2. tit. *De successionibus ab intestatis*. § 5. — (2) INST. 3. 9. 3. — (3) ULP. *Reg.* tit. 11. § 5. — GAIUS. 1. § 166. — (4) GAI. 1. § 135. — (5) D. 25. tit. 3 et suiv. — (6) D. 25. 3. 5. § 4. f. Ulp. — (7) INST. 4. 6. 13.

anciennement par une *vindicatio*, avec modification de la formule (*adjecta causa*), pour indiquer que c'était comme fils (*filium suum ex jure Quiritium*) qu'il le vendiquait; mais le préteur lui donna un autre mode spécial d'agir (1).

176. Relativement au *mancipium*, il devait y avoir des actions analogues à celles qui existaient à l'égard des esclaves ou des affranchis; mais nous ne trouvons rien de spécial à ce sujet dans les fragments des anciens auteurs, et sous Justinien, toute cette partie était entièrement disparue.

177. Nous ne parlerons pas des actions relatives aux biens, comme celle qui, après la dissolution du mariage, était donnée à la femme ou à ses héritiers pour obtenir la restitution de la dot (*rei uxoriæ actio*); c'est en traitant spécialement des actions que nous la développerons. Nous ne dirons rien non plus des accusations criminelles contre les coupables de *stuprum*, d'adultère ou d'inceste; cette matière est rejetée au dernier titre des Instituts.

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his quæ in tutela vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt.

TITRE XIII.

DES TUTELLES.

Passons maintenant à une autre division des personnes. En effet, parmi celles qui ne sont pas au pouvoir d'autrui, quelques-unes sont en tutelle ou en curatelle, d'autres ne sont soumises à aucun de ces droits. Occupons-nous des personnes qui sont en tutelle ou en curatelle : car nous apprendrons par là quelles sont celles qui n'y sont point; et d'abord traitons de celles qui sont en tutelle.

178. Après avoir examiné les personnes par rapport à leur position privée dans l'État et dans les familles, nous allons les étudier par rapport à la capacité ou à l'incapacité dans laquelle elles peuvent être de se gouverner et de se défendre. En effet, des causes générales, telles que la faiblesse de l'âge ou du sexe, ou des causes particulières, telles que la démence, une longue maladie, peuvent mettre les personnes dans un tel état qu'elles aient besoin d'un protecteur. C'est alors aux lois à leur en donner. Voyons comment celles des Romains y avaient pourvu. Les personnes *alieni juris* étant la propriété du chef auquel elles étaient soumises, c'était à ce chef propriétaire à les diriger, à les défendre : ainsi, quelque incapables qu'elles fussent, ces personnes trouvaient la protection qui leur était nécessaire dans le pouvoir auquel elles obéissaient; la loi n'avait pas à s'occuper d'une manière spéciale de leur défense, et tout ce que nous allons dire leur est absolument étranger. Mais ceux qui étaient *sui juris*, étant à la tête

(1) D. 6. 1. *De rei vindic.* 1. § 2. fr. Ulp. — 43. tit. 30. *De liberis exhibendis.*

d'une famille, maîtres d'eux-mêmes, de leurs biens, avaient indispensablement besoin que la loi pourvût à leurs intérêts, lorsqu'ils étaient incapables d'y pourvoir eux-mêmes. Ce fut ce qu'on fit en les plaçant, selon les cas, en tutelle ou en curatelle. Ces institutions étaient inspirées par la nature même des choses, et communes généralement à tous les peuples (1); la loi romaine s'en empara, les revêtit de son caractère particulier, et elles se rangèrent dans le droit propre aux seuls citoyens.

179. Les causes générales qui, aux yeux de la loi romaine, rendaient les personnes incapables d'exercer leurs droits, étaient la faiblesse de l'âge chez les impubères, et celle du sexe chez les femmes; les causes particulières qui pouvaient frapper d'incapacité tel homme, sans frapper tel autre, étaient, par exemple, la fureur, la démence, la prodigalité, etc. Dans le premier cas, il y avait lieu à la tutelle, dans le second à la curatelle : nous nous occuperons, avec les Instituts, d'abord de la tutelle. — On donnait donc des tuteurs aux impubères, et aux femmes quelque âgées qu'elles fussent (2). Cependant la tutelle perpétuelle des femmes tomba successivement en désuétude; à l'époque de Justinien, il n'en restait plus aucun vestige. Nous en donnerons une idée; mais pour ne point mêler la législation existante avec celle qui est abrogée, nous traiterons premièrement de la tutelle des impubères, et séparément de celle des femmes.

I. Est autem tutela, ut Servius definivit, *vis ac potestas in capite libero, ad tuendum* eum qui *propter ætatem* se defendere nequit, *jure civili data ac permissa.*

I. La tutelle est, comme l'a définie Servius, *une puissance avec autorité sur une tête libre, donnée et permise par le droit civil pour protéger* celui qui, *à cause de son âge,* ne peut se défendre lui-même.

180. Presque tous les termes de cette définition ont fourni matière à un commentaire; il est vrai qu'ils indiquent tous les caractères essentiels de la tutelle.

Vis ac potestas. Les uns ont vu dans *vis* l'autorité sur la personne du pupille, dans *potestas* l'autorité sur les biens; d'autres, dans *vis,* le pouvoir qu'a le tuteur d'agir par lui-même, dans *potestas,* le droit d'autoriser les actes du pupille; il en est même pour qui *vis* indique la contrainte exercée sur le tuteur forcé de prendre la tutelle malgré lui; mais par la simple connaissance du style des lois romaines, on se convaincra que, dans ces lois, les mots *vis ac potestas* marchaient souvent ensemble; le Digeste, les Instituts, le Code nous en offrent des exemples (3). Ainsi, ils formaient un pléonasme usité, c'est incontestable. Cependant

(1) Gaius. 1. § 189. — (2) *Tutores constituuntur tam masculis quam feminis : sed masculis quidem impuberibus duntaxat... feminis autem tam impuberibus quam puberibus* (Ulp. *Reg.* 11. § 1). (3) « Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed *vim ac potestatem* » (D. 1. 3. 17).—Inst. 4. 15. 3 : « Ejusque (interdicti) *vis et potestas* hoc est. » — C. 6. 36. *De codicillis.* 7. const.

j'ajouterai qu'ici ce pléonasme pourrait ne pas être entièrement inutile, parce qu'il existait certaines tutelles de femmes, dans lesquelles le tuteur n'avait, pour ainsi dire, qu'une puissance sans force, ne donnant son autorisation que pour la forme et ne pouvant la refuser, tellement qu'à cette occasion Gaius fait observer que si ce tuteur était un patron ou un ascendant, on ne pouvait pas le contraindre à donner son autorisation, et que sa tutelle avait quelque force : « Legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur (1). » Ceci peut nous aider à mieux sentir l'étendue de cette expression *tutela est vis ac potestas*. Sans avoir la même portée qu'en fait de puissance dominicale ou paternelle, le mot *potestas*, appliqué aux tutelles légitimes des agnats, des gentils, des patrons, s'est rattaché primitivement à cette idée, comme on peut le voir par les Douze Tables, qui l'ont employé même pour la curatelle (t. I, p. 105).

In capite libero. Par ces mots on désigne souvent une personne non esclave; mais ils ont ici un sens plus étendu : ils indiquent une personne libre de toute puissance, *sui juris*, qualité sans laquelle on ne peut être en tutelle. Nous ne dirons pas qu'ils s'appliquent aussi au tuteur et qu'ils signifient que la puissance est donnée à une tête libre sur une tête libre. La construction de la phrase et le raisonnement s'opposent à ce double sens. Pour être tuteur, il faut, il est vrai, ne pas être esclave; mais il n'est pas nécessaire d'être *sui juris*.

Ad tuendum. La puissance du tuteur est principalement de protection et dans l'intérêt du pupille, bien différente en cela des véritables puissances, *potestas, manus, mancipium;* elle a pour but de défendre la personne et les biens de l'impubère. Ce ne sont point les droits de ce dernier que l'on donne au tuteur et dont on lui transporte la propriété; c'est seulement le soin de veiller à leur conservation et à leur exercice qu'on lui confie.

Propter ætatem : puisque, sous Justinien, la tutelle à cause du sexe n'existe plus.

Jure civili. L'expression *jus civile* a, comme nous l'avons déjà dit, deux significations : elle désigne quelquefois le droit propre aux seuls citoyens, par opposition au droit des gens, et quelquefois le droit établi par la puissance législative, par opposition au droit prétorien (n° 28). L'un et l'autre sens sont applicables à la tutelle; car, d'un côté, les citoyens seuls peuvent être tuteurs, ou recevoir des tuteurs d'après la loi romaine; de l'autre, la tutelle a été introduite et réglée non par les préteurs, mais par des lois, par des sénatus-consultes et par l'usage (*legibus, senatus-consultis, moribus*) (2).

Constant. — Joignez-y Gaius, 1. § 122, parlant des métaux employés primitivement dans les négociations : « Eorumque nummorum *vis et potestas* non in numero erat, sed in pondere. »

(1) Gaius. 1. § 192. — (2) Ulp. *Reg.* 11. § 2.

Data ac permissa. Quelquefois la tutelle est donnée par la loi elle-même : telle est celle qui est déférée de droit aux agnats; on ne peut nier qu'elle ne soit *jure civili data* (1); d'autres fois la tutelle est seulement permise : telle est celle que la loi permet au chef de famille de donner par testament; mais l'expression *jure civili permissa* (2), pour indiquer cette faculté, ne serait point d'une bonne latinité. Ni les jurisconsultes romains, ni Théophile dans sa paraphrase, ne paraissent attribuer à ces expressions, *data ac permissa*, de sens spécial et distinct. C'est encore un pléonasme.

II. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen ceperunt : itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores; sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

2. Les tuteurs sont ceux qui ont cette puissance, cette autorité. C'est de la chose même qu'ils ont pris leur nom; on les appelle tuteurs (*tutores*), pour dire protecteurs (*tuitores*), défenseurs, comme on appelle *ædituí* ceux qui veillent sur les édifices.

181. Après ces idées générales, les Instituts passent à l'exposé des diverses tutelles. Nous ne rechercherons pas ici combien elles formaient d'espèces; mais, rejetant plus loin cette question, nous les parcourrons successivement les unes après les autres, en suivant le texte, et commençant d'abord par celle que l'on donnait par testament. Cette tutelle se nommait testamentaire (*testamentaria tutela*); et les tuteurs ainsi donnés, tuteurs testamentaires (*testamentarii tutores*) (3). Nous trouvons encore dans Gaius et dans Ulpien que ces tuteurs portaient aussi le nom de tuteurs datifs (*tutores dativi*), lorsqu'ils avaient été donnés nommément, c'est-à-dire spécialement désignés par le testament (4). Mais cette dénomination, moins générale que l'autre, se liait principalement à une particularité de la tutelle des femmes, que nous verrons en traitant cette matière.

III. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo : nepotibus vero, neptibusque, ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque, si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint, scilicet quia, mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

3. Il est permis aux ascendants de donner par testament des tuteurs aux enfants impubères qu'ils ont sous leur puissance, et cela, sans distinction pour les fils et les filles. Mais ils ne peuvent en donner aux petits-fils et aux petites-filles que lorsque ces derniers ne doivent pas, après la mort de l'aïeul, retomber au pouvoir du père. Si donc, au moment de ta mort, ton fils est sous ta puissance, tes petits-fils issus de lui ne pourront pas recevoir de tuteurs par testament, bien qu'ils soient sous ta puissance, parce qu'ils doivent, après ta mort, retomber sous celle du père.

(1) D. 26. 4. 1 et 5 f. Ulp. — (2) D. 26. 2. 1. f. Gaius. — (3) D. 26. 2. 11. princ. §§ 1 et 4. — 46. 3. 14. § 5. f. Ulp. — (4) « Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, *dativi* » (Gaius. 1. § 154). — « Testamento quoque nominatim tutores dati... tutores *dativi* appellantur. » (Ulp. *Reg*. 11. § 14).

182. La tutelle testamentaire était consacrée par la loi des Douze Tables en ces termes : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* » (tom. I, *Hist.*, p. 104, tab. v, § 3) (1). Elle passait avant toutes les tutelles, car ce n'était qu'à défaut d'un tuteur testamentaire qu'on avait recours aux autres. Il nous faut examiner : qui peut donner le tuteur par testament; à qui on peut le donner; quels sont ceux qui peuvent être donnés, et comment doit être faite la dation. Les deux premières questions sont traitées dans ce titre, les deux dernières dans le titre suivant. — C'est le chef de famille seul qui peut donner le tuteur par testament, et c'est de lui que parle la loi des Douze Tables que nous venons de citer. — C'est seulement aux enfants placés sous sa puissance qu'il peut donner un tuteur : aussi trouve-t-on dans la loi cette expression remarquable, *tutelave suæ rei*, pour dire la tutelle des personnes qui lui appartiennent; mais il ne suffit pas que les enfants soient au pouvoir du testateur, il faut encore qu'à la mort de celui-ci ils aient besoin d'un tuteur, c'est-à-dire qu'ils soient impubères et *sui juris;* ce qui fait répéter ici dans les Instituts les observations déjà faites plus haut (p. 122), lorsqu'il s'agissait de déterminer quels sont les enfants qui, à la mort du chef, deviennent *sui juris*.

IV. Cum autem *in compluribus aliis causis* postumi pro jam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, *sui heredes* et in potestate eorum fierint.

4. De même que *dans plusieurs autres cas* les posthumes sont considérés comme nés, pareillement ici on a décidé qu'ils pourront, aussi bien que les enfants déjà nés, recevoir des tuteurs par testament, pourvu toutefois qu'ils soient dans une position telle que, s'ils étaient nés du vivant de leurs ascendants, ils auraient été *héritiers siens*, sous la puissance de ces ascendants.

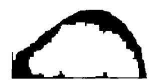
183. *In compluribus aliis causis*. Dans le sens le plus général, les mots *enfant posthume* signifient : enfant né après la mort. On doit indiquer à la mort de quelle personne on compare la naissance de cet enfant; car il peut être posthume par rapport à son aieul, à son oncle, à son frère, à son père, selon qu'il est né après la mort de l'un ou de l'autre. Dans un sens particulier on entend par *posthume*, sans autre désignation, l'enfant né après la mort de son père. — Le posthume, même déjà conçu, n'a jamais été, pour les personnes mortes avant sa naissance, qu'un être incertain; et, comme tel, d'après l'ancien droit romain, il ne pouvait recevoir, par le testament de ceux auxquels il était posthume, ni tuteur, ni legs, ni hérédité (2). Ce droit primitif fut modifié dans un seul point : lorsqu'un chef de famille mourait,

(1) Ulp. *Reg.* 11. § 14. — (2) Gaius. 2. § 241. — « Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona. » (*Ib.* § 242. — Inst. 2. 20. 26.)

laissant un enfant seulement conçu, lequel, s'il fût déjà né, eût été son héritier, on trouva trop rigoureux de dépouiller ce posthume de l'hérédité paternelle, parce qu'il n'était né qu'après la mort de son père, et l'on agit comme s'il était né de son vivant. Ainsi il fut appelé à l'hérédité légitime; il fut permis au chef de l'instituer dans son testament, ou de le déshériter (1); de lui donner un legs; de lui donner un tuteur; aussi Gaius disait-il dans ses commentaires que, pour la dation d'un tuteur et pour plusieurs autres causes (*in compluribus aliis causis*), l'enfant posthume était considéré comme né (2). Ce sont ces expressions que l'on a transportées dans les Instituts; mais ici elles ont un sens encore plus étendu, parce que Justinien donna aux posthumes le droit de recevoir par le testament de tout le monde, et les considéra comme nés, non-seulement par rapport au chef dont ils auraient dû hériter, mais par rapport à toutes les autres personnes (3).

Sui heredes. On nommait héritiers siens (*sui heredes*), dans l'ordre *ab intestat*, les enfants qui dans la famille n'étant précédés par personne, à la mort du chef devaient se trouver *sui juris*; la loi leur donnait l'hérédité. Pour que le posthume pût recevoir un tuteur du chef de famille mourant, il fallait qu'en le réputant né au moment de cette mort, il se trouvât dans cette position; un exemple fera sentir cette règle. Un aïeul a sous sa puissance son fils marié, dont la femme est enceinte; pendant la grossesse l'aïeul meurt, laissant le fils chef de famille et héritier sien; ce fils meurt lui-même quelque temps après, la grossesse continuant toujours; enfin, le petit-fils vient au monde, et, comme il se trouve ainsi posthume à son père et à son aïeul, il naît maître de lui-même, ayant besoin de tuteur. A-t-il pu en recevoir un dans le testament de l'aïeul? Non, parce qu'en le supposant né à la mort de cet aïeul, il n'eût pas été *sui juris* et héritier sien, puisqu'il était précédé par son père, sous la puissance duquel il est en quelque sorte retombé, quoiqu'il ne fût encore que conçu. Mais il a pu recevoir un tuteur par le testament du père, parce qu'en le réputant déjà né lors de la mort de celui-ci, il n'en eût pas moins été *sui juris* et *suus heres*. — Du reste, il faut bien se garder de conclure de là que l'enfant doive nécessairement être héritier, pour que le père puisse lui donner un tuteur par testament. C'est à sa puissance paternelle seule que le chef doit la

(1) GAIUS. 2. § 130. — INST. 2. 13. 1. — (2) GAIUS. 1. § 147. — (3) INST. 2. 20. 26 et 28. — Il faut bien remarquer les deux règles suivantes : lorsqu'il s'agissait d'un enfant conçu, pour défendre ses intérêts, pour empêcher qu'il ne souffrît, qu'il ne fût lésé dans ses droits, on agissait comme si cet enfant était déjà né; « qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quæritur. » (D. 1. 5. 7. f. Paul.) Mais, lorsqu'il s'agissait d'un posthume, c'est-à-dire d'un enfant conçu, considéré par rapport à une personne morte avant sa naissance, il n'était, jusqu'à Justinien, réputé déjà né que relativement au chef dont il aurait dû être héritier.



faculté de donner le tuteur. Il pourrait, dans son testament, enlever à ses enfants toute sa succession, en les déshéritant, et néanmoins leur désigner un tuteur (1). Ainsi, dans cette maxime de Q. M. Scævola : « Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset (2), » on a voulu par ces mots, *suis heredibus*, exprimer qu'on ne peut donner un tuteur qu'aux enfants qui ne sont précédés par personne dans la famille, et que la loi, en conséquence, met parmi les héritiers siens.

V. Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, *confirmandus est* ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

5. Mais si un tuteur a été donné par le testament du père à un fils émancipé, *il doit être confirmé* par sentence du président dans tous les cas, et par conséquent sans enquête.

184. *Confirmandus est.* Dans bien des cas où la dation du tuteur était nulle d'après le droit, elle devait néanmoins être confirmée par le magistrat. Un titre spécial est consacré à cette matière dans le Digeste et dans le Code, *De confirmando tutore vel curatore* (3). Si le père a donné le tuteur dans un testament ou dans un codicille non valable; s'il l'a donné à un enfant émancipé sur lequel il n'avait aucune puissance paternelle; ou même à un enfant naturel, pourvu que, dans ce cas, il lui ait laissé quelques biens (4); si la mère, un patron, ou même un étranger, ont donné, par testament, un tuteur à un enfant qu'ils ont institué héritier (5) ; dans tous ces cas, bien que, selon le droit strict, la dation ne soit pas valable, le magistrat la confirmera, sans enquête si elle est faite par le père, et, si c'est par toute autre personne, avec enquête, c'est-à-dire en recherchant, d'après la fortune, la probité et l'habileté du tuteur, s'il pourra bien remplir ses fonctions (6). Le tuteur confirmé n'en est pas moins tuteur testamentaire, et dès lors dispensé de satisdation (n° 276).

TITULUS XIV.
QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

TITRE XIV.
QUI PEUT ÊTRE DONNÉ POUR TUTEUR PAR TESTAMENT.

185. Il est évident, pour premier principe, qu'on ne pouvait donner pour tuteur par testament que des personnes qu'on pouvait prendre pour but d'une disposition testamentaire, ou, pour nous exprimer comme les Romains, que ceux avec qui on avait faction de testament : « *Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est. — Cum quibus testamenti faciendi jus est* (7). » Ainsi, par là se trouvaient exclus tous les étrangers, parce

(1) D. 26. 2. 4. f. Modest. — *Ib.* f. 31. — (2) D. 50. 17. 73. § 1. — (3) D. 26. 3. — C. 5. 29. — (4) D. 26. 3. 1. § 1. — *Ib.* fr. 3 et 7. — C. 5. 29. 4. — (5) D. 26. 2. 4. — C. 5. 28. 4. — D. 26. 3. 1. § 1. — *Ib.* fr. 4. — (6) D. 26. 3. 1. § 2. — THEOPH. h. p. — (7) D. 26. 2. 21. f. Paul. — ULP. *Reg.* 11. § 16.

qu'on n'avait pas avec eux faction de testament. Mais cette condition générale suffisait-elle, et toute personne capable de figurer dans un testament comme héritier, comme légataire, pouvait-elle y figurer comme tuteur? Les femmes, les fils de famille, les esclaves, les furieux, les impubères, peuvent recevoir un legs, une hérédité, pourront-ils recevoir une tutelle? Les Instituts examinent successivement la question quant à ces diverses personnes.

186. Les femmes ne pouvaient être appelées à la tutelle qui était une charge publique sous certains rapports, et réservée aux hommes seuls (1). Il n'y avait d'exceptions que pour celles qui obtenaient du prince la permission de gérer la tutelle de leurs propres enfants (2).

Dari autem potest tutor non solum pater familias, sed etiam filius familias.

On peut donner pour tuteur non-seulement un chef, mais encore un fils de famille.

187. Si le fils de famille était soumis à son père, c'était à cause du caractère particulier de la puissance paternelle chez les Romains, et non pour aucune incapacité. Il pouvait gérer toutes les charges publiques, lorsqu'il avait l'âge voulu; il en était de même pour la tutelle (3).

I. Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum et sine libertate tutorem datum, *tacite libertatem directam* accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus *pure inutiliter testamento datur* tutor; sed ita *cum liber erit*, utiliter datur : proprius autem servus *inutiliter eo modo* tutor datur.

I. On peut aussi par testament donner valablement pour tuteur son propre esclave en l'affranchissant; mais sachez que, même dans le cas où on l'a donné tuteur sans l'affranchir, il est censé avoir *tacitement la liberté directe*, et par là il prend valablement la tutelle. Néanmoins il en serait tout autrement si on ne l'avait donné pour tuteur que par erreur, le croyant libre. Quant à l'esclave d'autrui, on ne peut dans son testament le donner pour tuteur *purement et simplement*, mais on le peut avec cette condition : lorsqu'il sera libre. Si l'on donnait ainsi son propre esclave, *la dation serait inutile*.

188. *Tacite libertatem directam*. Les esclaves étaient incapables de gérer aucune charge; si on voulait les appeler à une tutelle, il fallait donc les affranchir. Les avait-on donnés pour tuteurs sans affranchissement, il est certain que les principes rigoureux du droit primitif s'opposaient à la validité de cette dation, et qu'il a dû nécessairement exister une époque où elle était radicalement nulle. Cependant, lorsqu'on se relâcha de la rigueur des premiers principes, cette conclusion put être modifiée par faveur pour la liberté et pour les pupilles (*et libertatis et pupillorum favore*). Nous trouvons au Digeste un fragment de Paul qui, par cela seul

(1) D. 26. 2. 26. f. Papin. — (2) D. 26. 1. 18. f. Nerat. — (3) D. 1. 6. 9. f. Pomp.

que l'esclave a été donné pour tuteur, décide qu'il doit avoir la liberté directe (1). Cette opinion ne devait pas être universellement adoptée et entièrement assise, car, environ quarante ans après, les empereurs Valérien et Gallien disent, dans un rescrit, qu'il est reçu que, dans ce cas, l'esclave aura la liberté fidéicommissaire (2). Justinien consacre ici l'opinion de Paul. Il y a, comme nous le savons, entre la liberté directe et la liberté fidéicommissaire, cette différence principale, que la première est acquise à l'esclave de plein droit après l'acceptation d'hérédité, tandis que la seconde ne lui est acquise que lorsque l'héritier l'a affranchi (n° 59).

Pure inutiliter testamento datur. Une disposition est pure et simple quand on n'y met aucune condition, aucune modification. On ne pouvait affranchir purement et simplement l'esclave d'autrui, mais on le pouvait par fidéicommis (3); la tutelle devait suivre la même règle, puisqu'elle ne pouvait exister sans la liberté. Ainsi, cette disposition : « Je vous prie, mon héritier, d'affranchir l'esclave de mon voisin, et je le donne pour tuteur à mon fils », était valable; tandis que celle-ci : « Que Stichus, l'esclave de mon voisin, soit tuteur de mon fils », devait être nulle. Néanmoins les prudents, s'écartant du droit rigoureux, décidèrent, toujours en faveur de la liberté et des pupilles, que, même dans ce dernier cas, le testateur serait censé avoir voulu donner la liberté fidéicommissaire, à moins qu'il ne fût évident que ce n'était point là son intention (*nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat*); et l'héritier, en conséquence, devait acheter l'esclave et l'affranchir (4). Ces mots des Instituts, *pure inutiliter datur*, doivent donc être pris en ce sens, que la dation est inutile comme pure et simple, ce qui n'empêche pas qu'elle ne soit valable comme fidéicommissaire. Quant à cette disposition : « Que Stichus, l'esclave de mon voisin, soit tuteur quand il sera libre », elle n'avait rien de contraire au droit, parce que la dation était faite pour une époque où l'esclave serait capable.

Inutiliter eo modo. Parce que celui qui dit : Je donne à mon fils pour tuteur mon esclave Éros quand il sera libre, n'a évidemment pas l'intention d'affranchir cet esclave.

II. Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.	2. Le fou ou le mineur de vingt-cinq ans, donné pour tuteur par testament, prendra la tutelle quand il sera sain d'esprit ou majeur de vingt-cinq ans.

189. Un fou pouvait être tuteur. Quelques auteurs pensaient que sa nomination était nulle; mais la plupart voulaient qu'elle fût toujours considérée comme faite sous cette condition tacite, *cum suæ mentis esse cœperit* (5). C'est cette opinion qu'exposent les

(1) D. 26. 2. 32. § 2. f. Paul. — (2) C. 7. 4. 9. — (3) INST. 2. 24. 2. — (4) D. 26. 2. 10. § 4. f. Ulp. — C. 7. 4. 9. — (5) D. 26. 1. 11. f. Paul. — 26. 2. 10. § 3. f. Ulp.

Instituts, et qui s'applique d'une manière analogue au mineur de vingt-cinq ans. Il est presque inutile de dire que, si le pupille ayant par exemple douze ans, le citoyen désigné pour tuteur n'en a que vingt, comme l'un arrivera à sa puberté avant que l'autre parvienne à vingt-cinq ans, la nomination est entièrement inutile.

190. Il faut ajouter, relativement à ceux qui pouvaient être appelés à la tutelle, que les militaires en étaient incapables (1), et que, même sous Justinien, on ne peut nommer une personne incertaine, comme : « le premier qui rencontrera mon convoi funèbre, » parce que le choix d'un tuteur suppose la confiance (2).

III. Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel *ante heredis institutionem* posse dari tutorem, non dubitatur.

3. On peut, et cela ne fait aucun doute, donner le tuteur jusqu'à un certain temps, ou à partir d'un certain temps, ou sous condition, même *avant l'institution d'héritier*.

191. Le tuteur pouvait être donné purement et simplement (*pure*) : « que Titius soit tuteur » ; — jusqu'à un certain temps (*ad certum tempus, ad diem*) : « qu'il soit tuteur pendant quatre ans » ; — à partir d'un certain temps (*ex certo tempore, a die*) : « qu'il prenne la tutelle quatre ans après ma mort » ; — sous condition (*sub conditione*) : « qu'il soit tuteur s'il gagne le procès qu'il soutient dans ce moment. » Ce n'est pas sans motif qu'on s'explique formellement sur la validité de pareilles dations de tutelle, car nous verrons que le testateur n'avait pas la même latitude pour toutes les dispositions testamentaires, et qu'il ne pouvait nommer un héritier ni pour un temps ni à partir d'un certain temps (3).

Ante heredis institutionem. L'institution d'héritier était la désignation des personnes que le testateur choisissait pour héritiers. Le testament n'existait que par cette institution et devait commencer par elle ; si bien que jadis les legs, les fidéicommis, les affranchissements inscrits avant l'institution d'héritier étaient nuls. Des jurisconsultes étendaient même cette rigueur à la dation d'un tuteur ; mais Labéon, Proculus et leurs disciples étaient d'un avis contraire relativement au tuteur (4). Du reste, Justinien abolit cette subtilité non-seulement pour la tutelle, mais pour toutes les autres dispositions.

IV. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur.

4. Mais un tuteur ne peut être donné pour un bien ou pour une affaire spéciale, parce que c'est à la personne qu'il est donné, et non à l'affaire ni à la chose.

192. Nous verrons plus loin comment il faut entendre cette maxime, que le tuteur est donné à la personne et non à la chose. Il suffit ici de dire que la tutelle ayant pour but général de défendre le pupille dans tous ses intérêts, dans sa personne, dans

(1) C. 5. 34. 4. — Inst. 1. 25. 14. — (2) Ib. 2. 20. 27. — (3) Inst. 2. 14. 9. — (4) Gaius. 2. §§ 229 et suiv.

ses biens, dans ses affaires, on ne pouvait en faire un mandat spécial pour un objet déterminé. Une pareille dation de tutelle eût été nulle en entier (1). Il existait jadis quelques exceptions à cette règle, dans certains cas où, tandis qu'il y avait déjà un tuteur, on en donnait un autre pour une affaire particulière; mais ces exceptions ne sont plus admises sous Justinien (2). — Du reste, rien n'empêchait de donner au même pupille plusieurs tuteurs : nous dirons bientôt comment ils devaient se diviser l'administration. Rien n'empêchait aussi, lorsque les biens étaient situés dans des provinces différentes et éloignées, de partager la gestion de ces biens entre des tuteurs différents.

V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur, quia filii vel filiæ appellatione et postumus vel postuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam cæteri liberi continebuntur.

5. Si quelqu'un a donné des tuteurs à ses filles ou à ses fils, il est censé les avoir donnés à celles ou à ceux qui sont posthumes, parce que ces derniers sont compris dans l'expression de filles ou de fils. Mais s'il s'agit de petits-fils, faut-il étendre à eux la dation de tuteur faite pour les fils? Oui, si le défunt s'est servi du mot d'*enfants;* non, s'il a employé celui de *fils*. Car il y a une différence entre les expressions de fils et d'enfants. Mais si le tuteur était donné aux posthumes, cette expression comprendrait les fils et tous les autres enfants posthumes.

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

TITRE XV.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS.

A défaut de tuteur donné par testament, la tutelle est déférée, d'après la loi des Douze Tables, aux agnats, qui se nomment tuteurs légitimes.

193. Nous passons ici aux tuteurs légitimes. Ce sont, dit Ulpien, en général ceux qui sont créés tuteurs par une loi, mais surtout ceux qui viennent de la loi des Douze Tables, soit expressément, soit par conséquence : « Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege Duodecim Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni (3). » Ces tuteurs ne sont donnés par personne; ils reçoivent la tutelle de la loi même : « Legitimos tutores nemo dat, sed lex Duodecim Tabularum fecit tutores (4). » Le principe des temps anciens avait été de considérer les tutelles légitimes, dans les mains de ceux à qui elles étaient déférées, moins comme une mesure dans l'intérêt de l'incapable que comme un droit dans l'intérêt des tuteurs légitimes eux-mêmes, afin que le patrimoine de la famille ou de la

(1) D. 26. 2. 13. f. Pomp. — (2) GAIUS. 1. 176 et suiv. — ULP. *Reg.* 11. §§ 20 et suiv. — INST. 1. 21. 3. — (3) ULP. *Reg.* 11. § 3. — (4) D. 26. 4. 5. f. Ulp.

gens fût conservé par ceux-là mêmes à qui ce patrimoine devait revenir en cas de mort de l'incapable : « Hoc summa providentia, dit Ulpien, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur (1). » Il suit de là que les tutelles légitimes marchaient, comme droit de famille ou de gentilité, avec l'hérédité · « His qui ad legitimam hereditatem admitti possint », dit le même Ulpien (*Ib.*) ; et que connaissant ceux à qui l'un de ces droits était déféré, il est facile de tirer la conclusion pour l'autre.

D'après cela on voit que la tutelle légitime a dû appartenir aux agnats et aux gentils, suivant les degrés les plus proches. Les termes mêmes de la loi des Douze Tables à ce sujet ne nous sont point connus; mais nous savons qu'elle déférait nommément la tutelle légitime aux agnats (ci-dess., tom. I, p. 109, tab. v, § 6); et il en était de même probablement à l'égard des gentils, puisque nous avons là-dessus la disposition textuelle de la loi des Douze Tables relative à la curatelle (*Ib.*, tab. v, § 7). Cette conjecture est devenue presque une certitude depuis que la *laudatio funebris Turiæ* (2) nous a appris qu'à l'époque d'Auguste la tutelle des femmes appartenait aux *gentiles*.

Le principe que nous venons d'énoncer se manifestait par plusieurs conséquences, et il a donné aux tutelles légitimes, notamment à celle des agnats, un caractère tout particulier. — C'est à propos de cette tutelle que Gaius et après lui les Instituts traitent de l'agnation, sur laquelle nous avons déjà donné des idées générales (tom. I, *Hist.*, n° 122, et *Génér.*, n° 64).

1. Sunt autem agnati, cognati *per virilis sexus* cognationem conjuncti, quasi a patre cognati : veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, et patrui filius, neposve ex eo. At qui per femini sexus personas cognatione junguntur non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati : itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; et invicem tu illi eodem jure conjungeris : quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

1. Sont agnats, les cognats unis par le sexe masculin, les cognats par leur père; par exemple : le frère issu du même père, son fils, l'enfant de ce fils; de même l'oncle paternel, son fils ou l'enfant de ce fils. Quant aux cognats unis par le sexe féminin, ils ne sont point agnats, mais seulement cognats par le droit naturel. Ainsi, le fils d'une tante paternelle n'est point ton agnat, mais ton cognat; et réciproquement tu ne lui es uni qu'à ce titre : parce que les enfants suivent la famille du père et non celle de la mère.

194. Nous savons que le mot de cognat est une expression générale qui s'applique à tous les parents. Les agnats ne forment qu'une classe particulière de cognats, ce sont ceux qui sont membres d'une même famille (*ejusdem familiæ, ex eadem familia*) (3), en comprenant dans le mot famille, non pas une seule maison commandée par un seul chef, mais toutes les maisons qui, dans leur origine,

(1) D. 26. 4. 1. p. f. Ulp. — (2) *Novum enchiridium*, de M. Giraud, p. 670. — (3) Ulp. *Reg.* 11. § 4. — D. 38. 10. 10. § 2. f. Paul.

réunies en une seule, se divisent successivement à la mort de chaque chef. Il a été élevé quelques doutes à ce dernier propos; mais nous verrons (ci-dessous, tom. III, liv. 3, tit. 2, § 1) que ces doutes ne sont pas fondés, et que la classe des agnats, contenue dans cette définition, s'étend à l'infini. Le droit civil, pris dans toute sa rigueur, ne consacre pas d'autre lien de parenté que celui des agnats, et c'est à eux seuls qu'il accorde les droits de famille, tels que ceux de tutelle et d'hérédité. Par opposition aux agnats, et dans un sens restreint, on nomme simplement *cognats* les parents qui ne sont unis que par un lien naturel (t. I, *Gén.*, n° 63, et ci-dess., n° 85).

Per virilis sexus. Les agnats sont donc les cognats membres d'une même famille. Mais quels sont ceux qui se trouvent membres d'une même famille? Nous le savons : les parents par le sexe masculin issus de justes noces ou légitimés, et les enfants adoptifs. Quant aux parents du côté des femmes, comme ils n'entrent pas dans la famille de leur mère, ils ne sont que cognats avec les parents de cette dernière : c'est ce que les Instituts disent ici. Mais, du reste, il peut arriver qu'un parent par les hommes ne soit pas agnat, s'il a été renvoyé de la famille, ou, en sens inverse, qu'un parent par les femmes, un étranger même, soient agnats s'ils ont été introduits dans la famille par l'adoption; il faut donc bien se garder de croire, comme on pourrait le faire à la lecture du texte, que l'agnation soit essentiellement attachée à la qualité de parent par le sexe masculin; elle est attachée à l'existence dans la même famille. Le texte ici n'exprime point le caractère de l'agnation, mais il indique quels sont ordinairement les agnats et les cognats.

II. Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet sisignificationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit : quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is qui datus est tutor vivo testatore decesserit.

2. Ces mots : que la loi appelle les agnats à la tutelle, *ab intestat*, ne signifient point qu'elle les appelle lorsque celui qui pouvait donner les tuteurs est mort sans testament aucun, mais lorsqu'il est mort intestat par rapport à la tutelle : ce qui est censé avoir lieu aussi quand le tuteur donné décède avant le testateur.

195. On examine ici quand la tutelle légitime doit avoir lieu. Ce qui arrive : 1° quand le père de famille est mort sans tester ou du moins sans donner de tuteur dans son testament; il est alors intestat d'une manière absolue, ou du moins intestat par rapport à la tutelle; 2° quand le tuteur donné meurt avant le testateur; celui-ci décède intestat par rapport à la tutelle, puisque la dation qu'il avait faite s'était évanouie avant son décès; 3° quand le tuteur testamentaire, ayant géré quelque temps, meurt ou perd ses droits de citoyen avant que le pupille ait atteint la puberté; on revient alors aux agnats pour tout le restant de la tutelle (1);

(1) D. 26. 2. 11. §§ 3 et 4. f. Ulp. — D. 26. 4. 6. f. Paul.

4° quand le testateur n'a déféré la tutelle que pour un certain temps ou jusqu'à une certaine condition : ce temps arrivé, ou cette condition accomplie, on doit revenir également à la tutelle légitime. — Dans ces deux derniers cas, le père de famille a testé pour une partie de la tutelle, et on le considère en quelque sorte comme intestat pour tout le restant. C'est ici une différence remarquable avec l'hérédité. Nous verrons qu'il n'était jamais permis à un citoyen de mourir partie testat, partie intestat par rapport à sa succession; nul partage, soit dans la quotité de l'hérédité, soit dans le temps, n'était admis entre les héritiers testamentaires et les héritiers légitimes (1). Ce principe n'avait pas été transporté dans les tutelles quant au temps, parce qu'il n'était pas contraire à leur nature d'être gérées pendant un temps par une personne, pendant un autre temps par une autre personne.

III. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur : nam agnatio juris civilis nomen est; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

3. Les droits d'agnation s'éteignent, en règle générale, par toute diminution de tête; car l'agnation est un lien du droit civil : mais les droits de cognation ne s'éteignent pas dans tous ces cas, parce que la loi civile peut bien détruire les droits civils, mais pas également les droits naturels.

196. L'agnation est un effet purement civil, attaché à l'existence dans la même famille. Elle doit par conséquent disparaître, et avec elle tous les droits qu'elle donnait, lorsque cette existence dans la même famille cesse pour quelque cause que ce soit. La cognation proprement dite, c'est-à-dire la parenté naturelle, est le résultat d'un fait, la naissance d'une souche commune. Ce fait est indestructible, et par conséquent la cognation aussi. Rien au monde ne pourra faire que celui qui est né du même père que moi cesse d'être né de ce père, et, par suite, cesse d'être mon frère. Mais les droits civils accordés à la cognation peuvent être retirés par la loi, parce qu'ils ont été donnés par elle. Ainsi, en résumé, le lien d'agnation et tous ses droits peuvent être détruits; le lien de cognation ne peut jamais l'être, mais les droits de cognation peuvent l'être. Comme la perte de l'agnation entraîne la perte de la tutelle, c'est ici, presque par accessoire, que Gaius, Ulpien et les Instituts examinent les diminutions de tête.

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Est autem capitis deminutio, prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

TITRE XVI.

DE LA DIMINUTION DE TÊTE.

La diminution de tête est le changement d'un premier état. Elle a lieu de trois manières : car elle est, ou grande, ou moindre, quelques-uns disent moyenne, ou petite.

(1) Inst. 2. 14. 9.

197. L'état de citoyen romain, ou, en d'autres termes, l'état, la personne du droit civil romain, se composait essentiellement, ainsi que nous l'avons déjà dit (ci-dess., tom. I, *Génér.*, n° 24), de trois éléments constitutifs, sans lesquels il n'existait jamais : la liberté, la cité, la famille : « *Tria sunt quæ habemus : libertatem, civitatem, familiam* (1). » Point de citoyen, point de personne du droit civil romain, sans la liberté, la cité et une famille dans laquelle il était ou chef ou dépendant. Quant aux autres considérations ou modalités accidentelles de la personne, qui pouvaient être en si grand nombre; quant aux qualités ou dignités particulières de sénateur, patricien, chevalier, consul, ou autres semblables, elles n'étaient qu'accessoires, pouvant se rencontrer chez l'un, ne pas se rencontrer chez l'autre, et n'entrant nullement comme condition essentielle dans la constitution de l'état ou de la personne du droit civil romain.

198. Malgré la critique savante de M. de Savigny (*Traité du droit romain,* tom. II, append. 6), dont le crédit a fait déserter par plusieurs les idées précédemment reçues sur le sujet qui nous occupe ici; en laissant de côté les divisions scolastiques qui ont eu cours en Allemagne sur le *status,* mais qui sont étrangères au droit romain, et à nous aussi en France; tout en reconnaissant que le mot *status* est un mot général, susceptible d'un grand nombre d'acceptions variées, qui se présente dans le droit romain employé tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, suivant le jurisconsulte qui l'écrit et suivant l'occasion, il n'en reste pas moins indubitable que ce mot a reçu, en matière de *capitis deminutio,* un emploi spécial, dans lequel il désigne, par-dessus tout, cet état du droit civil romain considéré dans ses trois éléments essentiels, la liberté, la cité, la famille. Ce n'est pas seulement dans Paul, c'est dans Gaius, dans Ulpien, dans Modestin, et finalement ici, dans notre texte des Instituts, que cette acception spéciale apparaît (2); il est important, si l'on veut être en accord avec les idées et avec la langue du droit romain, de l'y maintenir.

---

(1) Dig. 4. 5. *De capite minutis*. 11. f. Paul.

(2) *Ibid.* 1. f. Gai. « Capitis minutio est *status* permutatio. » — *Ibid.* 4. f. Modestin, parlant de l'esclave qui vient d'être affranchi : « Hodie enim incipit *statum* habere. » — Dig. 4. 4. *De minor.* 9. § 4. fr. Ulp. parlant d'un homme libre qui devient esclave : « Cum *statum* mutat. » — Cod. 7. 16. *De liberali causa.* 28. const. Dioclet. et Maximian. parlant du même changement : « Multis tamen ex causis *status* mutari consuevit. » — Cod. 2. 12. *Ex quib. caus. infam.* 6. const. Sever. et Anton. : « Ad tempus in opus publicum damnati, pristinum quidem *statum* retinent. » — Inst., à notre titre, ci-dessous, § 5 : « Quibus autem dignitas magis quam *status* permutatur, capite non minuuntur. » — Dig. 1. 5. *De statu hom.* 20. fr. Ulp. : « Qui furere cœpit et *statum* et dignitatem, etc., videtur retinere. » — Et à propos de la petite diminution de tête, tous les textes suivants : Paul. 1. 7. § 1 : « *Status* permutationem. » — *Ibid.* 3. 6. § 29 : « Si *statum* ex adrogatione vel adoptione mutaverit. » — Ulp. 11. § 13 : « *Status* duntaxat hominis mutatur. » — Inst. notre titre, ci-dessous, § 3 : « *Status* hominis

Caput

199. Il en est de même du mot *caput*, qui, se prêtant aux figures de langage les plus variées, a pris, dans toutes les langues d'origine latine, tant de significations diverses et fourni tant de dérivés. Dans la jurisprudence comme dans les lettres romaines, il est employé sans scrupule, par le même écrivain, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre. C'est peine perdue que de vouloir fixer un mot aussi ondoyant; il n'y a rien à conclure des différences, souvent même de la contradiction qui se présentent.—*Caput* ne désignera pas seulement la tête, il désignera l'homme, il sera synonyme de personne, soit la personne en général, considérée dans tout son ensemble, soit uniquement la personne physique. C'est ainsi que Paul dira *servile caput* (1), ou bien uniquement la personne du droit civil romain; c'est ainsi qu'on lira, au contraire, dans les Instituts (§ 4 de notre titre), *servus nullum caput habuit;* de même que dans un grand nombre de textes l'esclave est qualifié de personne (2), tandis que dans d'autres cette qualification lui est refusée (3). C'est aussi dans le sens de personne qu'Ulpien dit *liberum caput* pour une personne libre (4), et Servius, Paul, Aulu-Gelle, ainsi que nos Instituts (ci-dess., p. 136), à propos de la définition consacrée de la tutelle, *in capite libero,* pour dire sur une personne libre de toute puissance, même de la puissance paternelle (5).—Le mot *caput* se rencontre aussi dans les opérations du cens. Ainsi les inscrits de la plus humble catégorie, ceux qui ne possédant rien ne figuraient sur les registres censitaires que pour leur tête, portaient le nom de *capite censi,* et il n'y a plus à tergiverser sur le motif de cette dénomination depuis que nous pouvons lire ce motif textuellement dans la *République* de Cicéron : « Omnino nihil in suum censum præter caput attulissent » (tom. I, *Hist.,* n° 59, avec la note). Tite-Live, dans le compte des dénombrements qu'il rapporte si fréquemment, emploie cette formule à peu près constante : « Censa civium capita... (*tot*) »; ce qui nous prouve, contrairement à quelques suppositions opposées, que les fils de famille figuraient pour leur *caput* sur les registres censitaires, parmi ces *censa civium capita,* car assurément ils comptaient dans l'armée et dans les comices au nombre des citoyens.—Que l'on ait, comme l'avance Niebuhr (tom. II, p. 379), avec la note 494 de la traduction), matérialisé davantage l'idée, et appelé *caput* le chapitre ouvert sur le registre censitaire à chacun de ceux qui y figuraient, ce n'est qu'une conjecture,

---

commutatur. » — DIG. 38. 17. *ad S. C. Tertull.* 1. § 8. f. Ulp. : « Capitis minutio *salvo statu* contingens. »

(1) DIG. 4. 5 *De cap. min.* 3. § 1. f. Paul : « Servile caput jus non habet. » — (2) GAI. 1. §§ 120 et suiv. — DIG. 50. 16. *De verb. sign.* 215. fr. Paul. — *Ibid.* 17. *De regul. jur.* 22. pr. f. Ulp. : « In personam servilem nulla cadit obligatio. » — (3) NOV. THEOD. tit. 17 : « servos... quasi nec personam habentes. » — (4) ULP. 11. § 5. — (5) DIG. 26. 1. *De tutel.* 1. pr. fr. Paul. — AUL. GELL. 5. 19 : « Caput liberum fidei suæ commissum. »

qu'aucun texte ne nous indique, mais qui n'a rien que de probable, le mot *caput*, dans le sens de *chapitre*, ayant été consacré en la langue romaine pour les divisions capitales de tout ouvrage, registre ou écrit. Mais j'affirmerais, sans hésiter, que le fils de famille, quoique comptant pour son *caput*, c'est-à-dire pour sa personne, parmi les *censa civium capita*, n'avait pas un chapitre à lui sur le registre; qu'en vertu du principe de la copropriété de famille, il figurait dans le chapitre et sous le bénéfice du cens paternel, dans la classe même déterminée par l'impôt que payait le père; autrement il faudrait dire que tous les fils de famille, rigoureusement incapables, suivant le pur droit civil, d'être personnellement propriétaires de quoi que ce soit, même ceux des plus hautes et des plus riches maisons, étaient rejetés tous, pour l'armée comme pour les comices, dans la classe infime des prolétaires *capite censi* : d'où la conséquence qu'ils n'auraient presque jamais voté aux comices, et qu'ils auraient été incapables d'être admis dans l'armée, choses radicalement contraires à tout ce que nous savons. Ainsi, quand on parle du *caput filii familias*, on ne veut pas dire le chapitre qui lui aurait été consacré sur les registres censitaires : on veut parler de sa personne de droit civil romain, avec les trois éléments qui, pour lui comme pour qui que ce soit, en sont inséparables, la liberté, la cité, la famille. De même, par conséquent, lorsque le texte des Instituts de Justinien a dit de l'esclave *nullum caput habuit*, ce n'a pas été pour rendre cette idée toute matérielle : *Il n'a pas de chapitre sur les registres censitaires;* mais ç'a été pour dire : Il n'a pas de personne de droit civil romain, ni liberté, ni cité, ni famille.

200. Dans notre locution *capitis deminutio*, le mot *caput* est pris d'une manière générale, pour la personne dans tout son ensemble. Cette locution exprime que la personne subit un retranchement, un amoindrissement. Que cette idée d'amoindrissement ou de *deminutio* s'applique, suivant le dire de Niebuhr, confirmé par M. de Savigny, au chapitre du cens et non à la personne; qu'elle ait jamais compris, à une époque quelconque, tout changement à opérer en ce chapitre par suite d'une condition devenue *deterior*, comme le changement de tribu, le passage d'une classe censitaire à une classe inférieure, et tant d'autres encore : je n'en crois pas un mot, et je viens de démontrer pourquoi. *Capitis deminutio* est une locution plus antique que *status permutatio*, mais elle a le même sens technique; dans l'une comme dans l'autre, le retranchement (*deminutio*), le changement (*permutatio*) dont il s'agit, n'ont trait qu'à la perte de l'un ou de l'autre des trois éléments essentiels en la personne du droit civil romain : la liberté, la cité ou la famille; pour l'une comme pour l'autre, le nombre de ces *deminutiones* ou *permutationes* est limité par conséquent à trois.

201. Cependant les trois éléments qui composaient cet état du

droit civil romain, quoiqu'en étant inséparables les uns comme les autres, n'y avaient pas tous la même importance, et ne se nodifiaient pas de la même manière.

Comme, de sa nature, la classe des hommes libres était une, quant à la liberté, abstraction faite des autres droits, il n'y avait point de milieu entre y rester ou en sortir, garder ou perdre la liberté : aussi ne dit-on pas *libertas mutatur,* mais *libertas amittitur* (1). Cette perte totale d'un des éléments constitutifs de l'état du droit civil romain entraînait la perte de l'état lui-même et des deux autres éléments qui le composaient : c'était ce qu'on nommait *maxima capitis deminutio.*

De même, comme il n'y avait qu'une seule cité romaine, point de milieu entre y rester ou en sortir, garder ou perdre la cité, on ne dit pas *civitas mutatur,* mais *civitas amittitur* (2). Cette perte totale d'un des éléments constitutifs de l'état du droit civil romain entraînait aussi la perte de l'état lui-même, mais non celle des deux autres éléments; car ici la personne, en perdant l'état de citoyen romain, perdait bien la famille, mais conservait la liberté : c'est la *media capitis deminutio.*

Enfin, comme dans la cité romaine il y avait plusieurs familles, tant que l'on conservait la liberté et la cité, on ne sortait d'une de ces familles que pour entrer dans une autre, dans laquelle on était ou chef ou dépendant; il n'y avait jamais perte absolue, il y avait seulement changement (*familia tantum mutatur*) (3). L'état du droit civil romain n'était pas détruit (*salvo statu*) (4), mais la position de l'homme seulement était modifiée (*status duntaxat hominis mutatur*) (5) : c'était ce qu'on nommait *minima capitis deminutio.*

Ce caractère des trois diminutions de tête, tel que nous venons de l'exposer, se trouve parfaitement et brièvement résumé dans le passage suivant de Paul : « Capitis deminutionis tria genera sunt : maxima, media, minima. Tria enim sunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, *maximam* esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, *mediam* esse capitis deminutionem; cum et libertas et

---

(1) ULP. 11. § 11 : « Maxima capitis deminutio est per quam et civitas et libertas amittitur; » et ci-après au § 1 de notre titre. — (2) *Ibid.* et ci-après au § 2 de notre titre. On dira bien, dans le langage général, *civitate mutari :* ainsi, dans Cicéron : « *jus mutandarum civitatum; ne quis invitus civitate mutetur; civitate illum mutatum esse* » (*Pro Balbo,* §§ 13 et 18), parce qu'il peut arriver qu'un citoyen passe d'une cité dans une autre; mais dès lors, pour le droit civil tant public que privé des Romains, la cité romaine est perdue, *civitas amittitur,* l'état de citoyen romain n'existe plus : « Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest; non esse hujus civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest. » (CICÉR. *ibid.* § 11.) — (3) DIG. 4. 5. *De cap. min.* 7 et 11. f. Paul. — (4) DIG. 38. 17. *ad S. C. Tertull.* 1. § 8. f. Ulp. — (5) ULP. 11. § 13; et ci-après, § 3 de notre titre.

civitas retinetur, familia tantum mutatur, *minimam* esse capitis deminutionem constat (1). »

202. Ce que nous disons, que par la grande et par la moyenne diminution de tête l'état du droit civil romain était détruit, tandis qu'il continuait d'exister (*salvo statu*), mais qu'il était seulement changé (*status duntaxat mutatur*), dans la petite diminution de tête, est incontestable en fait comme en droit. Cette idée n'est pas exprimée cependant lorsque les jurisconsultes romains disent également pour les trois cas *status permutatio*; mais elle ressort des textes que nous venons de citer au numéro précédent. Pour la rendre sensible par un résultat matériel, nous dirons qu'autrefois celui qui avait perdu la liberté ou la cité cessait d'être inscrit sur le cens des citoyens; tandis que celui qui avait changé de famille continuait toujours à y être inscrit, mais à une autre place, comme appartenant, non plus à telle famille, mais à telle autre. C'était par la même raison qu'on appelait accusations *capitales* non-seulement celles qui pouvaient faire perdre la vie, mais encore celles qui menaçaient les droits de liberté ou ceux de cité, le *caput* ou la personne du droit civil romain devant être détruite par l'une ou l'autre de ces pertes (2); enfin toujours par la même raison que les jurisconsultes avaient comparé à un mort, idée première de la mort civile, l'homme frappé de la grande ou de la moyenne diminution de tête (3), tandis que la même comparaison n'était pas appliquée à celui qui n'avait éprouvé que la petite diminution.

203. Il n'y a pas de difficulté pour expliquer l'idée d'amoindrissement, de diminution, contenue en cette expression *capitis deminutio*, quant aux cas de grande ou de moyenne diminution de tête. *Caput* étant pris dans un sens général, pour la personne en tout son ensemble, retranchez-en la liberté et la cité à la fois, il ne reste plus que la personne physique; retranchez-en la cité seulement, il ne reste que la personne physique et la personne du droit des gens : dans les deux cas, la personne du droit civil romain a disparu. L'idée de diminution, plus grande dans le premier cas, moindre dans le second, est bien sensible.

Mais quant à la petite diminution de tête, cette idée de diminution est moins apparente. On l'a cherchée dans une diminution de capacité, et M. de Savigny a rendu quelque crédit à cette opinion en l'appuyant de son savoir (t. I, *Génér.*, n° 72). Nous n'hésitons pas à la repousser comme n'appartenant pas au droit romain.

(1) D. 4. 5. *De cap. min.* 11. f. Paul. — (2) Dig. 48. 1. *De publicis judiciis.* 2. f. Paul. — (3) Dig. 35. 1. *De condit.* 59. § 2. f. Ulp. : « Servitus morti adsimilatur. » — 48. 20. *De bon. damn.* 5. pr. f. Ulp. : « quasi mortua sit. » — 50. 17. *De reg. jur.* 209. f. Ulp. : « Servitutem mortalitati fere comparamus. » — 37. 4. *De bon. poss. c. tab.* 1. § 8. f. Ulp. : « Deportatos enim mortuorum loco habendos. » — 38. 2. *De bon. libert.* 4. § 2. f. Paul. : « Qui (deportatus) mortui loco habetur. »

M. de Savigny, malgré la connaissance profonde qu'il possède des sources historiques, voulant écrire son traité en vue du droit romain actuellement usuel en Allemagne, s'est laissé entraîner à des divisions, puis, par esprit de système logique, à des conséquences d'un caractère moderne. Il en a été ainsi dans sa division des personnes d'après la capacité de droit, et dans tout le système si péniblement construit sur cette idée, à l'encontre des textes les plus précis du droit romain, relativement à la petite diminution de tête. Ce n'est pas seulement le jurisconsulte Paul, c'est Ulpien, c'est tout l'ensemble et toute la logique du droit romain qui s'accordent pour nous dire que la petite diminution de tête consistait dans le changement de famille, la perte de la famille à laquelle on appartenait pour en commencer une autre ou pour entrer dans une autre (1). Il se passait ici, dans le pur droit civil des Romains, par suite de la constitution si énergique qu'avait chez eux la famille, un phénomène juridique des plus singuliers. Par le fait seul du changement de famille, de quelque manière qu'arrivât ce changement, celui qui l'éprouvait, continuant à garder en lui la même personne de citoyen, subissait quant à sa personne du droit civil privé une transformation; il y avait comme une mort et une résurrection sous une forme nouvelle; la personne du droit civil privé qu'il avait eue auparavant s'éteignait pour faire place à une autre. Cette extinction n'était pas nominale, avec elle s'évanouissaient tous les droits civils privés attachés à la personne éteinte, actifs ou passifs; jusque dans l'ordre religieux et dans l'ordre politique les conséquences s'en faisaient sentir : et tout cela par une suite logique des règles sur la constitution de la famille romaine (tom. I, *Génér.*, n° 71). Aussi Ulpien dit-il de cette petite diminution qu'elle fait perdre non-seulement les droits de famille, mais les droits privés de l'homme : « *Privata hominis et familiæ ejus jura, non civitatis, amittit.* » Nous verrons quelles conséquences logiques mais extraordinaires se déduisaient de cette extinction de la personne; comment cette extinction ne frappant que la personne du droit civil privé et non la personne naturelle, les droits qui se référaient à cette personne naturelle survivaient, ainsi que les protestations consistant, suivant l'expression des jurisconsultes romains, *in facto potius quam in jure;* comment le droit prétorien vint ici au secours de l'équité et corrigea, à l'égard des créanciers, les effets les plus criants de cette extinction; comment, enfin, les constitutions impériales de Justinien firent disparaître ceux de ces effets qui blessaient le plus, dans la famille du sang, les affections du cœur. Il faut avoir perdu de vue cette extinction singulière de la personne du droit civil privé

(1) Dig. 4. 5. *De capit. min.* 6. f. Ulp. « Privatá hominis et familiæ ejus jura, non civitatis amittit. » — *Ibid.* 7. pr. f. Paul. « Familia mutati. » — *Ibid.* 11. f. Paul. « Cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. »

pour chercher ailleurs l'idée de *deminutio* appliquée même à cette plus petite diminution de tête. La personne physique, la personne d'homme libre et citoyen reste sur le *caput* soumis à un tel événement, mais la personne du droit civil privé périt : il est vrai qu'elle est remplacée immédiatement par une autre, peut-être plus avantageuse ou plus indépendante; mais qu'importe? la personne antérieure du droit civil privé n'en a pas moins péri, et c'est elle que l'on considère dans l'idée de retranchement ou *deminutio*.

Hotoman, suivi depuis par beaucoup d'autres, a dit que par la grande, par la moyenne ou par la petite diminution de tête, il y avait toujours diminution d'une tête dans la classe des hommes libres, dans la cité ou dans la famille; de sorte qu'en réalité le mot *diminution* devait s'appliquer à la classe qui perdait un de ses membres et non au membre lui-même; ce ne serait que par figure de langage, à l'aide d'une transposition d'idée qu'on l'aurait fait tomber sur ce dernier, et qu'on aurait dit *capite deminutus*. Si ingénieuse qu'elle soit, cette explication est superflue : il est bien vrai qu'il y a diminution d'une tête dans la classe des hommes libres, de la cité ou de la famille, c'est même dans les textes romains que l'idée en a été puisée : « *Eximitur caput de civitate* (1); » mais, néanmoins, aucune figure de langage n'est nécessaire ici; c'est bien le *caput* soumis à la petite diminution qui est diminué par l'extinction en lui de la personne du droit civil privé, que nous venons de signaler. (App. 4, liv. 1.)

1. Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quod accidit his qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, vel libertis, ut ingratis erga patronos condemnatis; vel his qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.	**1.** Il y a grande diminution de tête lorsqu'on perd à la fois la cité avec la liberté; ce qui arrive à celui qu'une condamnation terrible rend esclave de la peine; à l'affranchi condamné comme ingrat envers son patron; à celui qui s'est laissé vendre pour prendre part au prix.

204. Celui qui perd la liberté perd à la fois la cité et la famille. Quant aux événements qui entraînent cette grande diminution de tête, nous les avons énumérés déjà (n°s 44 et suiv.). C'est ici le cas de nous les rappeler. Les seuls qui existassent encore à l'époque des Instituts sont ceux que cite notre texte : 1° une condamnation. En effet, les condamnés au dernier supplice, par exemple à être livrés dans le cirque aux bêtes féroces, peine sauvage qui existait encore sous Justinien (*qui bestiis subjiciuntur, ad bestias damnati*) (2), les condamnés aux mines (*in metallum, in opus metalli damnati*) (3), devenaient esclaves par l'effet seul de la condamnation, et sans attendre qu'elle fût exécutée (4). Mais ils n'avaient

(1) Dig. 48. 1. *De publ. jud.* 2. f. Paul. — (2) Inst. 1. 12. § 3. — D. 48. 19. 11. § 3. f. Marci. et 29. f. Gaius. — (3) D. 48. 19. 17. f. Marc. — (4) *Ib.* f. 10. § 1. Macer. — *Ib.* f. 2. § 1. Ulp.

d'autre maître que leur supplice; aussi les nommait-on *servi pœnæ*, et si on leur donnait quelque chose par testament, la disposition était non avenue, puisqu'ils n'avaient point de maître à qui ils pussent acquérir (1). Justinien supprima plus tard (an 538) ce genre de servitude, dans la novelle 22, ch. 8. — 2° L'ingratitude de l'affranchi. Elle donnait au patron le droit d'attaquer l'affranchi devant le magistrat, et d'obtenir une condamnation qui le ferait rentrer en esclavage (2). — 3° La vente qu'un homme libre et majeur de vingt ans faisait de sa personne pour prendre part au prix (n° 46).

II. Minor, sive media capitis deminutio, est cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

2. Il y a moindre ou moyenne diminution de tête lorsqu'on perd la cité en conservant la liberté; ce qui arrive à celui à qui l'on a interdit l'eau et le feu, ou que l'on a déporté dans une île.

205. La moyenne diminution de tête fait perdre nécessairement les droits de famille, puisque ces droits sont propres aux seuls citoyens; mais l'homme reste libre et devient étranger (*peregrinus fit* (3).—L'interdiction de l'eau et du feu était une formule de bannissement perpétuel, qu'on employait pour contraindre un citoyen à s'expatrier lui-même, privé qu'il était de toutes les choses nécessaires à la vie. Personne, nous dit Cicéron, ne pourra jamais, par aucun ordre du peuple, perdre les droits de cité malgré lui : « Quum hoc juris a majoribus proditum sit, ut nemo civis romanus aut libertatem, aut civitatem, possit amittere, nisi ipse auctor factus sit » ; pas même les condamnés : on n'y parvient à leur égard que d'une manière indirecte, qu'en leur interdisant l'eau et le feu : « Id autem ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti, et aquæ et ignis interdictione faciebant (4). » Ce caractère sacré qui protégeait le titre de citoyen romain disparut, mais la formule de bannissement resta.—La déportation différait de l'interdiction de l'eau et du feu, en ce que le condamné était enfermé dans un lieu déterminé, une île, d'où il ne pouvait sortir sous peine de mort (5). Ce genre de peine remplaça en entier l'interdiction de l'eau et du feu, dont le nom resta cependant (6). Il ne faut pas confondre avec la déportation la relégation, qui était aussi un exil dans un lieu désigné. Elle en différait en ce qu'elle pouvait être perpétuelle ou temporaire, mais surtout en ce que, dans aucun cas, elle ne faisait perdre les droits de cité (7).

---

(1) *Ib.* f. 17. Marc. — Pline nous dit cependant qu'il y en avait dans la plupart des cités, et qu'ils y remplissaient les fonctions d'esclaves publics : « In plerisque civitatibus, maxime Nicomediæ et Niceæ, quidam vel in opus damnati, vel in ludum, similiaque his genera pœnarum, publicorum servorum officio ministerioque funguntur, atque etiam, ut publici servi, annua accipiunt. » (PLIN. *Epist.* 10. 40.) — (2) D. 25. 3. 6. § 1. f. Modest. — C. 6. 7. — (3) ULP. *Reg.* 10. § 3. — (4) CIC. *Pro domo.* c. 29 et 30. — (5) D. 48. 19. 4. f. Marci. — (6) D. 48. 19. 2. § 1. — (7) D. 48. 22. 7. Ulp.

III. Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed *status hominis commutatur;* quod accidit his qui, cum sui juris fuerunt, *cœperunt alieno juri subjecti esse;* vel contra, si filius familias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

3. Il y a petite diminution de tête lorsque la cité et la liberté sont conservées, mais que *l'état de la personne est modifié :* ce qui arrive à ceux qui, après avoir été maîtres d'eux-mêmes, *sont passés au pouvoir d'autrui.* En sens inverse, lorsqu'un fils est émancipé par son père, il essuie la diminution de tête.

206. *Status hominis commutatur.* L'état du citoyen romain n'était pas détruit, comme nous l'avons expliqué déjà, par le changement de famille; aussi l'on ne dit pas ici *status amittitur;* bien loin de là, Ulpien dit, en propres termes, que la petite diminution de tête a lieu *salvo statu* (1); mais la personne antérieure s'éteignant, quant au droit civil privé, en celui qui subissait cette petite diminution de tête, pour donner naissance à une personne nouvelle, il y avait là un changement qui justifie bien ces expressions des jurisconsultes romains et de notre texte *status commutatur.*

Cœperunt alieno juri subjecti esse. Ce passage ne fait autre chose que citer en exemple les deux cas les plus usuels de petite diminution de tête : l'adrogation et l'émancipation. Gardons-nous bien de l'entendre comme énonçant le principe que, pour qu'il y ait petite diminution de tête, il faut que la personne ait passé de l'état de chef de famille à celui de fils, ou réciproquement de l'état de fils à celui de chef. Outre que cette traduction serait vicieuse, elle exprimerait une erreur de droit. Il y a petite diminution de tête toutes les fois qu'il y a changement de famille, « *cum familiam mutaverint; familia mutati; familia tantum mutatur* », dit le jurisconsulte Paul; « *privata hominis et familiæ jura amittit* », dit Ulpien (2). Il peut arriver que dans ce changement celui qui était fils devienne chef, ou réciproquement; mais il peut arriver aussi que cela n'ait point lieu : ainsi le fils donné en adoption par son père entre dans la nouvelle famille avec la qualité de fils qu'il avait dans l'ancienne.

207. Dans l'opinion de M. de Savigny, que nous avons déjà signalée pour la repousser (tom. I, *Gén.,* n° 72, et ci-dess. n° 203), il y aurait *minima capitis deminutio* toutes les fois que le changement d'état, sans éteindre le droit de cité, ferait passer la personne dans une *conditio deterior,* diminuant sa capacité de droit; de telle sorte que, pour savoir s'il y a eu ou non petite diminution de tête, il faudrait comparer l'ancien état au nouveau, et voir si la personne y a perdu ou y a gagné en capacité de droit : ce qui conduit logiquement M. de Savigny jusqu'à opposer à la diminution une augmentation ou amélioration d'état. Ce ne sont point là les idées romaines; l'unique fait à considérer est le changement

(1) D. 38. 17. 1. § 8. f. Ulp. — (2) Dig. 4. 5. *De cap. min.* 3. f. Paul, et ci-dess., n° 203, avec la note 1.

de famille. Nous en avons déjà donné la preuve, elle ressortira davantage encore des explications qui vont suivre.

208. De la perte ou de la sortie de la famille, de quelque manière qu'elle arrive, découlent, pour celui qui la subit, toutes les conséquences de la *minima capitis deminutio.*

Dans l'ordre religieux il perd le culte domestique et les *sacra privata,* il passe à un autre culte et à d'autres *sacra;* et s'il était le seul chef de famille qui les soutînt, ce culte et ces *sacra* sont tout à fait éteints. « Quid ? sacra Clodiæ gentis, cur intereunt quod in te est ? » dit Cicéron à Clodius (ci-dessus, n° 132, avec la note 2). Si l'on se pénètre bien du caractère des institutions romaines, on sentira combien cette sortie du culte et des *sacra privata,* lesquels se transmettaient avec la représentation de la personne aux héritiers, avait dû entrer, à elle seule, d'une manière déterminante, dans l'idée que, par le changement de famille, il s'opérait en celui qui l'éprouvait un changement de personnalité. La première personne avait cessé d'exister, puisqu'elle était déliée de l'obligation indissoluble du culte et des *sacra* domestiques, et il avait surgi une personne nouvelle.

Dans l'ordre privé, nous savons comment et pourquoi s'opérait ce changement de personnalité, et avec lui le changement de patrimoine (tom. I, *Génér.,* n° 71). Toutes ces raisons, religieuses ou civiles, se tenaient étroitement l'une à l'autre et venaient aboutir chacune, en définitive, aux règles de la constitution de la famille romaine. — Comme conséquences, sont perdus non-seulement les droits d'agnation, mais aussi ceux de gentilité (1), et les droits de patronage, tant par la petite diminution de tête de l'affranchi que par celle du patron ; le testament qu'avait pu faire le *capite minutus* devient inutile, *irritum* (ci-dessous, liv. 2, t. 11, § 5); les biens et les créances qu'il avait ne sont plus à lui (ci-dessous, tom. III, *Inst.* 3, 10, § 1 et suiv.); les droits exclusivement attachés à la durée de sa personne, tels que ceux d'usufruit, prennent fin (*ibid.*); ses dettes s'éteignent sans être recueillies par qui que ce soit, et les créanciers n'ont plus de débiteur : le prêteur, par des remèdes prétoriens, était venu au secours de ces débiteurs contre cette iniquité du pur droit civil (*ibid.,* § 3). — Mais comme ce n'est que la personne du droit civil privé qui disparaît, et non la personne naturelle, les liens de la parenté du sang, ou *cognatio,* continuent de subsister (ci-dessous, § 6 de notre titre), les obligations détruites comme obligations civiles restent comme obligations naturelles (2); et les droits actifs ou passifs que les jurisconsultes romains considéraient comme se rapportant à cette personne naturelle, ou comme consistant plus en des prestations de fait qu'en un

(1) CICÉRON, *Topic.* 6 : « Qui capite non sunt deminuti, » dans la définition des gentils. — GAI. 3. §§ 51. 83 et 84. — (2) DIG. 4. 5. *De capite minutis.* 2. § 2. f. Ulp. : « Manent obligati naturaliter. »

droit, sont maintenus : tels, par exemple, comme obligations, celles résultant d'un délit, ou celle de fournir des aliments à des ascendants dans le besoin (1) ; et comme droit, l'habitation ou des prestations d'aliments (2).

Enfin, jusque dans l'ordre politique, les conséquences de la petite diminution de tête, bien que la personne du droit public n'en soit pas atteinte, se faisaient sentir; puisque le *capite minutus*, affilié à une autre propriété, passait sous un autre chapitre du cens, et par cela même peut-être dans une autre classe (ci-dess., n° 199).

209. Les événements qui emportaient perte de la famille et par conséquent petite diminution de tête, étaient l'adrogation, l'adoption, l'émancipation, la vente *per æs et libram*, au moyen de laquelle un homme libre était donné *in mancipio*, et tous les modes par lesquels la femme passait jadis *in manum viri* (3). On en peut signaler quelques autres encore, qui, tenant moins au droit général, apparaissent plus incidemment dans les sources. De ces diverses causes, les trois premières sont encore indiquées dans la législation de Justinien comme emportant petite diminution de tête, malgré les nombreux adoucissements apportés aux effets de cette diminution ; quant aux autres, la plupart, et notamment le *mancipium*, le passage de la femme *in manu viri*, n'existent plus.

210. L'adrogation n'offre aucune difficulté : le changement de famille, de propriété et de personnalité civile y est bien évident ; tout cela indépendamment des formes employées pour y parvenir ; soit au temps où elle se faisait *calatis comitiis*, soit lorsqu'elle a eu lieu par rescrit du prince. — Mais, outre l'adrogé, tous les enfants qu'il avait en son pouvoir subissaient aussi avec lui la petite diminution de tête. Paul le dit fort nettement, et il en donne les raisons péremptoires : « Liberos qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint (4). » Ils passent sous une puissance qui leur était auparavant étrangère (*in aliena potestate*) : perte du culte privé et des *sacra privata*, affiliation à un autre culte, à un autre patrimoine, à une autre personnalité, avec toutes les conséquences qui en dérivent et qui forment les effets de la *minima capitis*

---

(1) *Ibid*. 2. § 3. f. Ulp. : « Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit. » — DIGEST. 25. 3. *De agnosc. et alend. lib*. 5. § 1. f. Ulp. : « Et magis puto, etiam si non sint liberi in potestate, alendos a parentibus; et vice mutua alere parentes debere. » — Voir un autre exemple, DIG. 16. 3. *Depositi*. 21. pr. f. Paul, dans le cas de dépôt lorsque le *capite minutus* a encore en sa possession la chose déposée. — (2) DIG. 4. 5. *De cap. min*. 8. f. Gai. : « Eas obligationes, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire : quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. » — Gaius cite en exemple l'action de dot ; — Modestin le legs d'habitation : « Quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit » (*ibid*. f. 10) ; — ULPIEN, le legs des services d'un esclave : « Operæ servi legatæ capitis minutione non amittuntur. » (DIG. 7. 7. *De oper. serv*. 2). Il y en a plusieurs autres encore. — (3) GAI. 1. § 162. — (4) DIG. 4. 5. *De capit. min*. 3. pr. f. Paul.

deminutio, tout est renfermé dans ce seul fait. Le système de M. de Savigny vient se briser contre ce texte de Paul, et contre ces réflexions, puisées dans les principes du véritable droit romain.

211. L'adoption, indépendamment des formes qui servaient à l'accomplir, soit lorsqu'elle se faisait par des mancipations simulées, suivies d'une *in jure cessio* (ci-dess., n° 133), soit lorsqu'elle s'est faite, sous Justinien, par acte devant le magistrat, produisant toujours le même effet capital, c'est-à-dire le changement de puissance, emporte toujours les mêmes conséquences de *minima capitis deminutio*. Seulement il faut remarquer qu'à l'époque où avaient lieu les mancipations simulées, la *minima capitis deminutio* était éprouvée avant que l'adoption fût consommée par l'*in jure cessio*, puisqu'elle se produisait dès la première mancipation, de telle sorte que s'il s'agissait d'un fils, pour lequel trois mancipations successives étaient nécessaires, chacune de ces mancipations opérait une nouvelle *capitis deminutio* (1).

212. Nous en dirons absolument autant de l'émancipation, soit lorsqu'elle s'accomplissait au moyen de mancipations simulées suivies de manumissions; soit lorsqu'elle s'est accomplie par rescrit du prince, en vertu de la constitution d'Anastase; ou enfin sous Justinien, par acte devant le magistrat. En faisant remarquer toujours que dans l'ancienne forme la *minima capitis deminutio* était produite dès la première mancipation, avant que l'émancipation fût accomplie, et qu'elle se renouvelait à chaque mancipation nouvelle, toujours avant que l'émancipation fût achevée. Voilà pourquoi Paul donne pour motif à cette diminution de tête l'*imaginaria servilis causa*, résultant de la mancipation (2) : c'est de là plus grande précision, et le jurisconsulte aurait été inexact en parlant autrement. Voilà aussi qui détruit en entier tous les raisonnements que M. de Savigny a cru pouvoir asseoir sur la différence de motifs indiqués par Paul, entre ce cas et celui des enfants de l'adrogé. Dans le cas d'adrogation, c'est l'adrogation elle-même, et seulement lorsqu'elle est accomplie, qui opère la petite diminution; dans les cas d'adoption et d'émancipation suivant l'ancienne forme, ce ne sont pas ces actes eux-mêmes : dès les premiers pas de l'opération et avant que l'enfant se trouve adopté ou émancipé, par l'effet de

(1) GAI. 1. § 162 : « Minima capitis deminutio est, (*quum et civitas*) et libertas ret(*inetur; sed status hominis commutatur; quod accidit*) in his qui adoptantur, item in his qui coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem ut, quoties quisque mancipetur, a (peut-être *atque manumitta*)tur, toties capite deminuatur. » Les restitutions et les explications proposées par M. de Savigny sur ce texte mutilé nous paraissent les plus probables. Ce sont les mancipations, et non les manumissions venues ensuite, qui opèrent chacune une diminution de tête; mais Gaius, voulant parler des émancipés, fait mention des deux opérations.

(2) DIG. 4. 5. *De capit. min.* 3. § 1. f. Paul. : « Emancipato filio, et cæteris personis, capitis minutio manifesto accidit : Cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. »

la première vente simulée, la petite diminution de tête a eu lieu. Ce qui nous fournira (ci-après, n°s 1153 et 2017) l'explication d'un fragment d'Ulpien (D. 4, 5, 1, § 2) fort obscur sans cette notion.

213. Ce qui était admis pour les *flamines diales* et pour les *vestales*, qui, par effet et par privilége de ces dignités sacerdotales, se trouvaient libérés de la puissance paternelle sans diminution de tête, était un droit tout à fait exceptionnel.

IV. Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

4. Lorsqu'un esclave est affranchi, il n'y a pas diminution de tête, puisqu'il n'avait pas de tête.

214. Nous savons dans quel sens doivent être entendues ces expressions *nullum caput habuit*, et celles de Paul, qui reviennent au même quoique paraissant y faire opposition : « *Servile caput nullum jus habet, ideo nec minui potest* » (ci-dess., n° 199).

V. Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo a senatu motos capite non minui constat.

5. Il n'y a pas de diminution de tête pour ceux dont la dignité change plutôt que l'état, ni par conséquent pour le sénateur qui est exclu du sénat.

215. Nous savons que les diverses dignités n'entraient nullement dans la composition de l'état de droit civil romain, qui existait sans elles; l'acquisition ou la perte de ces dignités ne touchait en rien à cet état.

VI. Quod autem dictum est, manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam, si maxima capitis deminutio intercurrat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati; et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

6. Quand on a dit que les droits de cognation survivent même à la diminution de tête, on a voulu parler de la petite; alors, en effet, la cognation n'est pas détruite. Mais, s'il intervient la grande diminution de tête, les droits de cognation s'éteignent aussi. Ils périssent, par exemple, pour le cognat réduit en servitude, et ne revivent même point par l'affranchissement. La cognation est aussi rompue par la déportation dans une île.

216. Le but qui a fait examiner ici les diminutions de tête est, comme nous l'avons dit, de connaître leur influence sur l'agnation, et, par accessoire, sur la cognation. Cette influence peut se résumer ainsi : le lien même de l'agnation et les droits qu'elle donne sont détruits par toute diminution de tête; le lien naturel de la cognation n'est rompu par aucune diminution; les droits civils qui y sont attachés périssent par la grande et par la moyenne, mais non par

(1) Gai. 1. §§ 130. 145. et 3. § 114. — Ulp. 10. § 5. — Aul. Gell. 1. 12 : « Virgo autem vestalis simul est capta atque in atrium Vestæ deducta et pontificibus tradita (est), eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et jus testamenti faciundi adipiscitur..... Præterea etiam in commentariis Labeonis, quæ ad XII tabulas composuit, ita scriptum est : « Virgo vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatæ quisquam : sed bona ejus in publicum redigi aiunt. Id quo jure fiat, quæritur. » — Tacite, *Annal.* 4. § 16.

la petite, qui laisse l'entière jouissance des droits civils, et dont le seul effet est un changement de famille, chose indifférente pour la cognation. — Il est bon de remarquer que l'homme fait esclave perd tous ses agnats, tous ses droits de cognation, et qu'il ne les recouvre jamais, même si, par la suite, il est affranchi ; car, après l'affranchissement, il commence une nouvelle personne et une nouvelle famille, séparée entièrement de l'ancienne personne et de l'ancienne famille. Il en est de même dans le cas de déportation, à moins que le déporté n'ait été restitué en entier.

VII. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum *qui proximiores gradu sunt*, vel, si plures ejusdem gradus sunt, *ad omnes pertinet*.

7. Bien que la tutelle appartienne aux agnats, elle n'appartient pas à tous en même temps, mais seulement *aux plus proches en degré*, ou *à tous ceux du même degré*, s'ils sont plusieurs.

217. *Qui proximiores gradu sunt*. Les Douze Tables, rangeant la tutelle parmi les droits de famille, établissant une analogie entre elle et l'hérédité, l'avaient déféré aux agnats dans le même ordre que la succession, c'est-à-dire en appelant d'abord les plus proches. De là cette maxime du droit romain : « *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ* » (1). En effet, l'héritier présomptif du pupille, qui, si ce pupille vient à mourir, doit succéder à sa fortune, est intéressé plus que tout autre à la conserver, à l'augmenter ; d'ailleurs il était censé avoir le plus d'affection, puisqu'il était le plus proche parent civil. — Toutefois il ne faut pas attacher à l'analogie qui existait entre la tutelle et l'hérédité une importance trop rigoureuse. Ainsi, il pouvait arriver que le plus proche agnat fût héritier présomptif et ne fût point tuteur, par exemple, si c'était un impubère, un sourd-muet, une femme. En sens inverse, il pouvait arriver que le plus proche agnat fût tuteur, et ne fût point héritier présomptif, par exemple, si le père, dans son testament, avait lui-même désigné l'héritier de son fils impubère, comme il en avait le droit, d'après ce que nous verrons (2).

Ad omnes pertinet. Ainsi, il pouvait exister à la fois plusieurs tuteurs légitimes, aussi bien que plusieurs tuteurs testamentaires.

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege Duodecim Tabularum, libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad

TITRE XVII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS.

D'après la même loi des Douze Tables, la tutelle des affranchis, hommes ou femmes, appartient aux patrons ou à leurs enfants. On la nomme aussi tutelle légitime, non pas qu'elle soit établie d'une manière expresse par la loi ; mais parce qu'elle est découlée de l'interprétation de cette loi, comme si elle avait été introduite par le texte même. En effet, de ce que la loi avait donné

(1) Inst. 1. 17. — (2) D. 26. 4. 1. § 1 et suiv. f. Ulp. — f. 8. Paul. — f. 10. Hermog. — Inst. 2. 16.

patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

l'hérédité des affranchis, hommes ou femmes, morts intestats, aux patrons et à leurs enfants, les anciens ont conclu qu'elle voulait aussi leur donner la tutelle, puisque les agnats qu'elle appelle à l'hérédité sont aussi ceux qu'elle veut pour tuteurs, d'après ce principe que le plus souvent là où est l'avantage de la succession, là doit être aussi la charge de la tutelle. Nous disons *le plus souvent*, parce que si c'est une femme qui affranchit l'esclave impubère, elle est appelée à l'hérédité, et cependant un autre prend la tutelle.

218. Un esclave pouvait être affranchi impubère, ayant besoin d'un tuteur. Qui devait l'être? un tuteur testamentaire? Mais il ne pouvait y en avoir, puisque cette espèce de tuteur n'est donné que par le chef de famille aux personnes soumises à son pouvoir. Un agnat? Mais l'affranchi commence en lui une nouvelle famille et n'a point d'agnat. Les mœurs le rattachaient en quelque sorte à la maison de son patron (nº 80); la loi des Douze Tables avait donné à ce dernier et à ses enfants le droit de famille le plus important, le droit d'hérédité : Théophile rapporte à ce sujet le sens de la loi des Douze Tables, quoiqu'il n'en donne pas les propres expressions; il était conséquent d'y joindre le droit de tutelle; ce fut ce que firent les prudents. Ainsi, après l'affranchissement, c'est le patron qui est tuteur; après la mort du patron, ce sont ses enfants, et cette tutelle est légitime, parce que, d'après les termes d'Ulpien que nous avons cités, on nommait ainsi les tuteurs dérivant de la loi des Douze Tables, soit expressément, soit par conséquence : or le patron et ses enfants sont dans ce dernier cas.

TITULUS XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

TITRE XVIII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS.

A l'exemple de la tutelle des patrons, il en a été reçu une autre qui s'appelle aussi légitime; car si quelqu'un émancipe avant leur puberté son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille issus d'un fils, et ainsi de suite, il en sera le tuteur légitime.

219. Le père de famille ne parvenait jadis à émanciper lui-même son fils qu'en éteignant d'abord sa puissance paternelle par les ventes nécessaires, en la transformant en *mancipium* par un rachat, et en affranchissant alors cet enfant, qu'il avait non plus en puissance, mais *in mancipio*.

Il n'était donc rigoureusement à son égard qu'un propriétaire qui l'avait affranchi du *mancipium*; c'était à ce titre qu'il avait des droits d'hérédité et de tutelle.

Or, l'impubère, libéré par affranchissement du *mancipium*,

se trouvait, par rapport à la tutelle, dans une position semblable à celle d'un affranchi; car, étant sorti de sa famille et n'ayant plus d'agnat, il ne pouvait avoir de tuteur de cette classe. Nous avons vu que le propriétaire affranchissant était assimilé à un patron, que, par suite de cette similitude, il avait des droits d'hérédité (n° 174). Comme une conséquence, il devait avoir, et il avait, en effet, la tutelle.

Toutefois, lorsqu'il s'agissait de mancipations non pas sérieuses, mais fictives, faites par l'ascendant ou par le coemptionateur pour parvenir à l'émancipation, comme il n'y avait là qu'une fiction en dehors des prévisions de la loi des Douze Tables, la tutelle qui en était la suite n'était pas considérée comme *légitime*. Les jurisconsultes romains lui avaient donné une autre qualification, tirée des circonstances particulières de l'espèce. En effet, comme dans ces opérations fictives figurait toujours un contrat de *fiducie*, soit pour obliger l'acquéreur à affranchir lui-même le fils ou la femme qui lui avaient été mancipés, soit pour l'obliger à les rémanciper au chef de famille, afin que ce fût celui-ci qui les affranchit (n° 166), les jurisconsultes avaient appelé *fiduciaires* les tutelles qui étaient la suite de pareils affranchissements.

220. Cette épithète de tuteur *fiduciaire* était appliquée sans hésitation à l'acquéreur fictif, dans le cas où c'était lui qui avait fait l'affranchissement. C'est ce que nous dit Ulpien en ces termes : « Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a (coemptionatore) manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur... qui fiduciarius tutor appellatur (1). » — Gaius est encore plus explicite. Après avoir parlé de la tutelle *légitime*, il en indique une autre, la *tutelle fiduciaire*, introduite à l'exemple de celle du patron : « Exemplo patronorum (*quoque*) fiduciaria (*tutela*) re(*per*)ta *est;* sunt eu(*im*)... fiduciariæ... pride(*m*), quæ ideo nobis competunt, quia (*liberum*) caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus (2). »

Mais si l'affranchissement, par suite d'une rémancipation, était fait, en définitive, par le père de famille, les jurisconsultes romains avaient cru devoir par honneur, par déférence, assimiler ce dernier à un véritable patron et lui donner le rang de tuteur légitime : « Cum is et legitimus tutor habeatur, » dit Gaius; « Vicem legitimi tutoris obtinet », dit Ulpien (3). Car, en sa qualité de père, il ne doit point lui être rendu moins d'honneur qu'aux patrons : « Et non minus huic, quam patronis, honor præstandus est (4). » Du reste, à l'époque des Instituts, les mancipations, le contrat de fiducie étaient supprimés, et l'émancipation était, comme nous le savons, ramenée à des formes bien plus simples.

(1) ULP. *Reg.* 11. § 5. — (2) GAI. 1. §§ 166 et 195. — (3) D. 26. 4. 3. § 10. — (4) GAI. 1. §§ 172 et 175.

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur ; nam si parens, filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. *Quo defuncto*, si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarii tutores *filiorum suorum*, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. *Atqui patrono* legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores! Quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eorum jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, *si perfectæ sint ætatis*, quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

TITRE XIX.

DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE.

Il est encore une autre tutelle qui se nomme fiduciaire. En effet, lorsqu'un ascendant émancipe avant leur puberté son fils, sa fille, son petit-fils, sa petite-fille ou autres, il est investi de leur tutelle légitime; et, *à sa mort*, s'il laisse des enfants mâles, ceux-ci deviennent tuteurs fiduciaires *de leurs fils*, frères, sœurs ou autres. *Cependant, à la mort du patron* tuteur légitime, ses enfants sont comme lui tuteurs légitimes! Cette différence vient de ce que le fils du défunt, s'il n'avait pas été émancipé du vivant de son père, à la mort de ce dernier serait devenu maître de lui-même, sans retomber sous la puissance de ses frères; voilà pourquoi il n'est point sous leur tutelle légitime. Mais l'affranchi, s'il était resté esclave, aurait toujours été soumis au même titre aux enfants du maître, après la mort de ce dernier. Toutefois, ces personnes ne sont appelées à la tutelle que *si elles ont atteint l'âge de capacité entière*, règle que notre constitution a généralement prescrite pour toutes les tutelles et curatelles.

221. *Quo defuncto*. Le père émancipateur, tuteur du fils émancipé, mourant avant la puberté de ce fils, aurait pu lui donner un tuteur testamentaire; et, quoique strictement cette dation de tutelle ne fût point valable, cependant on l'aurait confirmée (n° 184); mais s'il ne l'avait point fait, on donnait pour tuteur à cet enfant ceux qui, avant son émancipation, avaient été ses agnats, c'est-à-dire les enfants du chef émancipateur, et parmi eux on prenait celui qui était au degré le plus proche de l'émancipé (1). Cette tutelle, ne découlant de la loi des Douze Tables ni directement ni indirectement, mais étant la suite de mancipations fictives avec contrat de fiducie, se rangeait dans la classe des tutelles fiduciaires.

Filiorum suorum. Théophile donne ici des exemples pour faire voir comment on peut se trouver le tuteur fiduciaire, tantôt de son fils, tantôt de son frère ou de son neveu. Il nous suffira d'en donner un pour le fils. Un aïeul émancipe son petit-fils, retenant sous sa puissance le père de ce petit-fils; l'aïeul mort, le père deviendra le tuteur fiduciaire de son fils émancipé.

Atqui patrono. Justinien se fait cette objection : Lorsque le patron tuteur légitime meurt, ses enfants sont tuteurs légitimes; pourquoi, lorsque le père émancipateur, tuteur légitime, meurt,

(1) D. 26. 4. 4. f. Modest.

ses enfants ne sont-ils que tuteurs fiduciaires? Et il y répond par un motif qui, outre qu'il ne prouve rien, ne s'applique pas à tous les cas; car supposons qu'il s'agisse d'un petit-fils émancipé par son aïeul, son père naturel restant dans la famille, ce petit-fils, s'il n'avait pas été émancipé, à la mort de l'aïeul serait retombé sous la puissance du père; et cependant ce dernier n'est qu'un tuteur fiduciaire. La véritable raison est que la loi des Douze Tables donnait au patron et à ses enfants l'hérédité de l'affranchi, et par conséquent la tutelle, car le patron et les enfants du patron étaient la seule famille civile de l'affranchi : cette tutelle était donc légitime; le père émancipateur avait été assimilé à un patron, et considéré par conséquent, lui aussi, comme tuteur légitime; mais ses enfants n'étaient pas assimilés aux enfants d'un patron, ni pour l'hérédité, ni par conséquent pour la tutelle. Leur tutelle n'était donc pas légitime, elle ne venait que par suite du contrat de fiducie compris dans les formes de l'émancipation : d'où le nom de fiduciaire (1). Et, bien que, depuis Anastase, les frères de l'émancipé aient acquis des droits de succession (2), leur tutelle n'a point cessé pour cela d'être fiduciaire, et n'est pas devenue légitime, parce que les droits d'hérédité, lorsqu'ils ne venaient pas eux-mêmes de la loi des Douze Tables, ne donnaient pas une tutelle légitime.

222. Du reste, rappelons-nous cette observation générale, que, si l'on prend le mot de tutelle légitime dans le sens le plus étendu, comme signifiant tutelle donnée par la loi, celle des agnats, du patron et de ses enfants, de l'ascendant émancipateur et de ses enfants, sont toutes légitimes; mais si l'on prend ce mot dans le sens spécial, comme signifiant tutelle venant des Douze Tables, soit expressément, soit par conséquence, alors les agnats, les gentils, le patron et ses enfants sont réellement tuteurs légitimes : le père émancipateur leur est assimilé par honneur pour sa qualité, mais ses enfants ne sont que tuteurs fiduciaires.

223. *Si perfectæ sint ætatis.* Cet âge était celui de vingt-cinq ans (3). Celui qui était appelé à la tutelle par la loi devait être capable de la gérer: s'il était mineur de vingt-cinq ans, furieux ou sourd et muet, il ne pouvait être tuteur (4); et ici l'on n'agissait point comme pour la tutelle testamentaire, c'est-à-dire on n'attendait pas que son incapacité eût cessé; mais on passait immédiatement au tuteur que la loi appelait après lui (5).

(1) La distinction de la tutelle légitime et de la tutelle fiduciaire a conservé un certain intérêt pour l'accusation de suspicion (n° 287); elle en avait autrefois pour la cession de la tutelle des femmes (n° 257).

(2) C 5. 30. 4. — (3) *Ib.* 5. — (4) D. 26. 4. 10. § 1. f. Herm.

(5) Le système que nous venons de parcourir sur les tutelles déférées par la loi est celui qui existait encore à l'époque des Instituts. Mais, après cette novelle de Justinien, qui introduisit (an 554) un nouvel ordre de succession, dans lequel on n'avait égard qu'au degré de parenté, sans plus distinguer les agnats des cognats, le même changement fut apporté dans les tutelles, toujours

TITULUS XX.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem romana, a prætore urbano *et majore parte* tribunorum plebis tutor, *ex lege Atilia;* in provinciis vero, a præsidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia.

TITRE XX.

DU TUTEUR ATILIEN ET DU TUTEUR DONNÉ D'APRÈS LA LOI JULIA ET TITIA.

Si quelqu'un se trouvait absolument sans tuteur, il lui en était donné un, dans la ville, par le préteur urbain et *la majorité des tribuns* des plébéiens, en vertu *de la loi Atilia;* dans les provinces, par les présidents, en vertu de la loi Julia et Titia.

224. Nous arrivons à la tutelle donnée par les magistrats : les commentateurs et les écrivains modernes la nomment *tutelle dative*. Cette dénomination est aujourd'hui généralement adoptée; cependant elle n'était point consacrée chez les jurisconsultes romains. Seulement, en rapprochant du fragment d'Ulpien déjà cité : *Legitimos tutores nemo dat; sed lex... fecit tutores* (1), ces expressions fréquemment employées : *testamento datus tutor, tutor datus a præside, a prætore,* on pourrait conclure que, par opposition à la tutelle déférée par la loi, les deux tutelles, celle donnée par testament et celle donnée par le magistrat, étaient datives; mais le terme de *tutor dativus* qui, comme nous l'avons vu (n° 181), est appliqué spécialement par Gaius et par Ulpien au tuteur donné par testament, n'est pas employé de même pour le tuteur donné par les magistrats. Ce tuteur est nommé comme ici, dans les Instituts, *tutor Atilianus* (2), du nom de la loi *Atilia,* d'après laquelle il était donné; et comme cette loi ne regardait que les tuteurs donnés dans la ville, on appelait le tuteur donné dans les provinces *tutor Juliotitianus,* du nom de la loi *Julia et Titia* qui les concernait. C'est Théophile qui nous indique cette dernière qualification. — L'expression latine est, du reste, *dare,* donner un tuteur, et non pas, comme nous le disons en français, *nominare*. Cette locution *nominare tutorem* avait reçu chez les Romains un sens technique, celui de désigner, proposer quelqu'un pour tuteur, soit qu'il s'agît de magistrats inférieurs, magistrats municipaux, qui n'avaient pas le droit de donner le tuteur, mais qui avaient pour mission de proposer, de faire connaître par son nom au magistrat supérieur (*nominare*) celui qu'ils jugeaient apte à être donné (3), soit qu'il s'agît de celui qui avait été appelé à la tutelle, et qui, pour s'en exempter, à défaut de toute autre excuse

---

conformément à ce principe, que l'une doit être la conséquence de l'autre. Les femmes néanmoins restèrent toujours incapables d'être tutrices, à l'exception de la mère et de l'aïeule (Nov. 118. c. 5). (Voyez cependant M. Demangeat, 3e édit., tom. 1, p. 370.)

(1) D. 26. 4. 5. — (2) *Qui Atilianus tutor vocatur,* dit Gaius. 1. § 185; *quos tutores Atilianos appellamus,* dit Ulpien, *Reg.* 11. § 18; de même Théophile, h. p. — (3) Dig. 27. 7, *De fidejussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum.* — *Ibid.* 8. *De magistratibus conveniendis.* 1. §§ 3. 5. 10. f. Ulp. — Cod. 5. 75. *Mém. rubr.*, const. 1. 4 et 5.

avait le droit de proposer, de désigner nominalement une autre personne comme devant en être chargée de préférence (*tutorem potiorem nominare*), institution spéciale qui nous a été révélée par les *Fragmenta Vaticana*, et dont nous parlerons en traitant, ci-dessous, des excuses.

Et majore parte. Les tribuns étaient au nombre de dix (tom. I, *Hist.*, n° 204); ils délibéraient tous avec le préteur sur la dation du tuteur. Cette dation n'avait lieu que lorsqu'à l'avis du préteur se réunissait la majorité des tribuns, par conséquent au moins six, dit Théophile.

Ex lege Atilia. Sa date véritable n'est point connue. Elle doit remonter à une époque assez éloignée, parce qu'il dut arriver fréquemment que des personnes n'avaient ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime; et l'on dut sentir dès lors le besoin de régulariser la dation d'un tuteur. La loi Atilia existait probablement l'an de Rome 557, car Tite-Live, en parlant d'une affranchie vivant à cette époque, nous dit : « Post patroni mortem, quia nullius in manu esset, tutore a tribunis et prætore petito... (1). » C'est pour cela que M. Haubold, dans ses *Tables chronologiques*, commence à l'indiquer, dès cette année, comme douteuse quant à sa date. Heineccius, dans ses *Antiquités romaines*, la place en 443, présomption qui n'est fondée que sur le nom d'un tribun de cette époque, *Atilius Regulus*. Quant à la loi *Julia et Titia*, on s'accorde généralement à la placer sous Jules César Octavien, an 723 de Rome; cependant Théophile en parle comme de deux lois distinctes : la loi *Julia* et la loi *Titia*, portées l'une après l'autre. Il faut avouer que cette assertion s'accorderait difficilement avec les fragments de tous les jurisconsultes qui ne disent jamais que *lex Julia et Titia*, au singulier.

La dation d'un tuteur n'était pas comprise dans les attributions ordinaires des magistrats; elle ne se rattachait ni à l'organisation d'un procès avec l'indication du droit (*jurisdictio*), ni à leur pouvoir exécutif (*imperium*) (tom. I, *Hist.*, n° 117). Aussi était-il reconnu qu'ils n'avaient le droit de donner un tuteur que lorsqu'une loi le leur avait spécialement accordé (2). La législation, sur cette matière, subit plusieurs variations que les Instituts indiquent. La première loi fut la loi *Atilia*, dont nous venons de parler.

1. Sed et si testamento tutor sub conditione, aut die certo, datus fuerat, quandiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quandiu ex testamento nemo heres existebat, tandiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui

1. Et même si la dation du tuteur par testament était sous condition ou à terme, tant que la condition ou le terme n'était pas arrivé, on pouvait donner, d'après les mêmes lois, un autre tuteur, par intérim. Si la dation était pure et simple, il fallait pareillement,

(1) Tit. Liv. 39. 9. — (2) « Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps » (D. 26. 1. 6. § 2. f. Ulp.).

desinebat esse tutor si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.

tant qu'il n'existait pas d'héritier en vertu du testament, demander, d'après les mêmes lois, un tuteur, qui cessait de l'être dès l'accomplissement de la condition, l'avénement du terme ou l'existence d'un héritier.

II. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat, in civitatem reversus fuerat, nam, reversus, recipiebat tutelam, jure postliminii.

2. Pareillement, le tuteur étant pris par l'ennemi, suivant les mêmes lois on en demandait un autre, qui cessait de l'être si le captif revenait: car celui-ci reprenait la tutelle par droit de postliminium.

225. Ces deux paragraphes réunis au *principium* expriment les cas dans lesquels a lieu la tutelle donnée par les magistrats; les voici : 1° Quand il n'y a absolument aucun tuteur, ni testamentaire, ni légitime (*si cui nullus omnino tutor fuerat*). — 2° Quand la tutelle testamentaire est suspendue ou interrompue pour une cause quelconque. Ainsi, lorsque le tuteur testamentaire ne devait commencer ses fonctions qu'à partir d'un certain jour ou qu'après l'accomplissement de telle condition : ou bien lorsque l'héritier choisi par le défunt tardait à se présenter et à accepter l'hérédité; car, jusqu'à son acceptation, le testament et toutes ses dispositions se trouvaient suspendus : ou bien, enfin, lorsque le tuteur testamentaire était pris par l'ennemi. Dans tous ces cas, le magistrat donnait un tuteur en attendant; car, tant qu'il y a encore espérance de tutelle testamentaire, on ne doit pas recourir à celle qui est déférée par la loi : « Sciendum est enim quandiu testamentaria tutela speratur legitimam cessare (1). » Si l'espérance se réalisait, le tuteur donné par le magistrat cédait ses fonctions au tuteur testamentaire; si l'espérance venait à défaillir totalement, il les cédait au tuteur appelé par la loi. — 3° Quand le tuteur testamentaire s'excusait de la tutelle, ou était destitué (2). Dans ce cas cependant il n'y avait plus d'espérance de tutelle testamentaire : pourquoi n'avait-on pas recours à la tutelle des agnats, comme on le faisait lorsque le tuteur testamentaire était mort pendant sa gestion, avant la puberté du pupille? Ulpien dit que c'est parce que le tuteur était destitué précisément pour qu'il en fût donné un autre : « *Nam et hic idcirco abit, ut alius detur* (3); » ce qui peut s'interpréter en ce sens que, toutes les fois qu'on s'adressait aux magistrats pour qu'ils fissent cesser les fonctions d'un tuteur, soit en admettant ses excuses, soit en le destituant, cela entraînait la conséquence nécessaire que le tuteur, n'étant écarté que par l'intervention de l'autorité, serait remplacé par la même autorité.

III. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores

3. Mais les tuteurs cessèrent d'être donnés d'après ces lois, lorsque les consuls d'abord commencèrent à les donner

(1) D. 26. 2. 11. f. Ulp. — (2) D. 26. 2. 11. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (3) D. 26. 2. 11. § 2.

ex inquisitione dare cœperunt; deinde prætores, ex constitutionibus. Nam, supradictis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quidquam cavebatur.

sur enquête aux pupilles des deux sexes, ensuite les préteurs conformément aux constitutions; car ces lois dont nous venons de parler n'avaient rien statué ni sur la caution qu'on doit exiger des tuteurs pour garantir les intérêts du pupille, ni sur les moyens de forcer les tuteurs à administrer.

226. Ce fut, d'après Suétone, sous l'empire de Claude que le pouvoir de donner les tuteurs fut attribué aux consuls (1). Il fut ensuite enlevé aux consuls et transporté aux préteurs sous Antonin le Pieux (2).

IV. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor *secundum suam jurisdictionem;* in provinciis autem præsides, ex inquisitione tutores crearent; vel magistratus, *jussu præsidum,* si non sint magnæ pupilli facultates.

4. Mais d'après le droit que nous suivons, à Rome le préfet de la ville ou le préteur suivant leur juridiction, dans les provinces le président, donnent les tuteurs sur enquête, ou bien ce sont les magistrats sur l'ordre du président, si la fortune du pupille est peu considérable.

227. Nous avons suffisamment développé (tome I, *Hist.*) ce qu'étaient le préfet de la ville, dont les pouvoirs ne s'étendaient pas au delà d'un rayon de cent milles autour de Rome (n° 341) (3), les préteurs (n[os] 160 et 222), les présidents des provinces (n[os] 228 et suiv., 339 et 471), et les magistrats particuliers des cités (n° 444). On ne sait pas l'époque précise où le pouvoir de donner des tuteurs fut attaché à ces diverses magistratures; mais déjà ce pouvoir existait sous l'empereur Sévère, du temps d'Ulpien, de Paul, de Tryphoninus, comme l'attestent divers fragments de ces auteurs (4).

Secundum suam jursdictionem. Ce n'est pas que le préfet et le préteur exerçassent leur autorité sur un territoire différent. On a vu, dans l'*Histoire du droit,* que les attributions de chacun d'eux s'étendaient sur toute la ville; et cela n'établissait aucune espèce de conflit, puisque ces attributions étaient distinctes. Mais du moment que l'on donna à ces deux magistrats le pouvoir de donner chacun séparément le tuteur, il fallut nécessairement, pour éviter un conflit, partager entre eux, pour cet objet seulement, ou le territoire de la ville, ou les personnes, selon leur qualité, peut-être suivant leur fortune. C'est ce dernier partage, celui des personnes, que semble indiquer Théophile en ces termes : « Je dis *suivant leur juridiction,* parce qu'il est quelques personnes auxquelles c'est le préfet et non le préteur qui peut donner les tuteurs (5). »

Jussu præsidum. Le président n'aurait pas pu de sa propre autorité déléguer la dation d'un tuteur à quelqu'un que la loi elle-même n'aurait pas déclaré capable de faire cette dation : « *Nec*

(1) SUET. *In Claud.* c. 23. — (2) JUL. CAPITOLINUS, *M. Anton. vita.* c. 10. — (3) D. 1. 12. § 4. f. Ulp. — (4) D. 26. 5. 3. f. Ulp. — 26. 7. 46. §§ 1 et 6. f. Paul. — 27. 1. 45. § 3. f. Tryph. — C. 5. 34. 5. — (5) THEOPH. h. p.

mandante præside alius tutorem dare poterit (1) »; mais les magistrats municipaux étaient au nombre de ceux que la loi déclarait capables (2), et le président pouvait, sur leur rapport, ou donner lui-même le tuteur, ou les charger de cette dation; les magistrats devaient là-dessus attendre ses ordres (3).

V. Nos autem, per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias publicas personas, id est magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

5. Mais nous, par notre constitution, dissipant ces embarras de personnes, nous avons ordonné que, sans attendre l'ordre des présidents, lorsque la fortune du pupille ne dépassera pas cinq cents solides, les tuteurs et curateurs seront nommés par les défenseurs des cités, conjointement avec le saint évêque, ou par les autres personnes publiques, savoir, les magistrats, ou le juge d'Alexandrie. La caution légale doit être fournie conformément à cette constitution, c'est-à-dire aux risques de ceux qui la reçoivent.

228. Le changement apporté par Justinien consiste en ce que les magistrats des cités ne sont plus obligés d'attendre l'ordre du président de la province pour faire la dation. — Nous avons déjà parlé des défenseurs des cités (tom. I, *Hist.*, n° 496), des évêques (n° 471), du juge d'Alexandrie (n° 339, note 2). En résumé, les tuteurs, sous Justinien, sont donnés à Constantinople par les préfets et le préteur, chacun selon leur juridiction et avec enquête; dans les provinces, lorsque la fortune du pupille excède cinq cents solides (4), ils sont donnés par les présidents avec enquête; lorsque la fortune ne s'élève pas au-dessus de cette somme, ce sont les magistrats particuliers des cités qui les donnent sans enquête, mais avec caution. — Les tuteurs donnés sur enquête (*ex inquisitione*) ne le sont qu'après une information faite par le magistrat sur leur fortune, leur rang, leurs mœurs, leur fidélité et leur capacité (5). Cette information est une garantie pour les intérêts du pupille. Les tuteurs donnés avec caution sont obligés de présenter quelqu'un qui réponde de leur gestion. Ce mode de garantie est plus simple et même plus sûr que le précédent; mais il n'était guère applicable qu'aux petites propriétés, parce qu'il devait être plus difficile de trouver des personnes qui voulussent répondre d'un patrimoine considérable. — Les magistrats pouvaient donner plus d'un tuteur au même pupille; mais ils ne pouvaient subordonner la dation à un terme, ou à une condition, parce qu'ils

(1) D. 26. 5. 8. f. Ulp. — (2) D. 26. 5. 3. f. Ulp. — (3) D. 27. 8. 1. § 2, f. Ulp. — (4) Le solide, ou sou d'or, contenait en or, autant qu'on a pu l'évaluer, le poids que contiendrait une pièce d'environ vingt-deux francs cinquante centimes. D'après ce calcul, cinq cents solides formeraient en or un peu plus de douze mille francs de nos jours. — (5) Théoph. h. t. — D. 26. 5. 21. § 5. f. Modest.

devaient pourvoir sur-le-champ et en totalité aux intérêts du pupille (1).

229. Ici se termine l'exposé des diverses tutelles. « On voit par là combien il y en a de sortes; mais si nous demandons combien elles forment de genres, la controverse sera longue; car les anciens ont eu de grands doutes à ce sujet... Les uns, tels que Quintus Mucius, en ont compté cinq genres; d'autres trois, comme Servius Sulpicius; d'autres deux, comme Labéon; d'autres ont cru qu'il y avait autant de genres de tutelles que d'espèces (2). » Ainsi s'exprime Gaius lui-même; nous ne saurions mieux faire que de le traduire, pour donner les véritables idées des jurisconsultes romains sur cette matière. Quant aux commentateurs et aux jurisconsultes modernes, ils ont généralement divisé les tutelles en trois genres : tutelle *testamentaire*, tutelle *légitime*, et celle qu'ils nomment *dative*, selon qu'elle est donnée par testament, par la loi, par le magistrat. Les Instituts paraissent en distinguer quatre genres : les tutelles *testamentaire*, *légitime*, *fiduciaire*, et celle *déférée par les magistrats*.

VI. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est; ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

6. Il est conforme au droit naturel que les impubères soient mis en tutelle, afin que celui qui n'est pas d'âge à se défendre se trouve sous la protection d'un autre.

230. Cette réflexion générale sur la nature des tutelles est prise dans Gaius (3); nous l'avons déjà faite quand nous avons dit (n° 178) que la tutelle, dans son principe, dérive de la raison naturelle; ce qui n'empêchait pas que ces dispositions, chez les Romains, ne fussent du droit civil et applicables aux seuls citoyens, comme les dispositions sur les justes noces.

VII. Cum igitur pupillorum, pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

7. Les tuteurs ayant géré les affaires des pupilles, après la puberté on leur fait rendre compte par l'action de tutelle.

Ce n'est pas encore ici le lieu de nous appesantir sur ce compte et sur cette action.

De l'administration des tuteurs.

231. Il est des formalités que le tuteur doit remplir avant de prendre l'administration des biens : la première, c'est qu'il doit fournir caution de bien gérer (*satisdare rem pupilli salvam fore*), à moins qu'il ne soit au nombre de ceux qu'on en dispense : nous reviendrons sur cette matière plus en détail. La seconde, c'est qu'il doit en présence des personnes publiques faire l'inven-

(1) « Sub conditione a præsidibus provinciarum non posse dari tutorem placet » (D. 26. 1. 6. § 1. f. Ulp.). — (2) GAIUS. 1. § 188. — (3) GAIUS. 1. § 189.

taire des biens du pupille (*repertorium, inventarium*) (1), à moins que le testateur ne l'ait formellement défendu (2). Le tuteur doit bien se garder de faire aucun acte d'administration avant d'avoir accompli ces formalités, si ce n'est pour les choses pressantes, qui ne peuvent souffrir de délai (3). Lorsque la caution est donnée et l'inventaire fait, le tuteur doit administrer, il peut même y être contraint; il est d'ailleurs responsable du préjudice que pourrait apporter toute espèce de retard (*suo periculo cessat*) (4).

232. Mais il peut arriver, comme nous l'avons vu, qu'il y ait plusieurs tuteurs. A qui l'administration doit-elle être remise? Elle sera ou confiée à un seul, ou donnée à tous en commun, ou partagée entre chacun d'eux. — 1° *Elle est confiée à un seul* (et c'est le parti qu'il faut toujours s'efforcer de prendre, comme le plus favorable au pupille) : lorsqu'il s'agit de tuteurs qui ne sont pas obligés de fournir caution, et que l'un d'eux offre d'en fournir une (il doit être préféré à tous les autres); lorsqu'il s'agit de tuteurs testamentaires, et que le testateur a désigné celui qui doit administrer; à défaut de ces deux circonstances, lorsque les tuteurs ont, à la majorité des voix, décerné la tutelle à l'un d'eux; enfin, lorsque les tuteurs ne l'ayant point fait, le magistrat a lui-même désigné l'administrateur. Les tuteurs non gérants sont nommés tuteurs honoraires (*honorarii tutores*); ils ne font point d'acte de gestion, mais ils sont comme les surveillants de celui qui gère (*quasi observatores actus ejus et custodes*), et ils sont responsables en cette qualité (5). — 2° *Elle est donnée à tous en commun,* lorsqu'ils ne veulent point consentir à laisser gérer seul celui que le magistrat a désigné. L'administration leur devenant commune, ce que chacun d'eux fait sans fraude est valable; mais la responsabilité est aussi commune (6). — 3° *Elle est divisée entre chacun d'eux,* par le testateur, ou par le magistrat, lorsque, sur leur demande, il le juge convenable. Cette division s'opère, ou par parties : l'un, par exemple, prenant telle partie de l'administration, le second telle autre partie; ou par régions : l'un prenant les biens de telle province, le second les biens d'une autre province (*in partes vel in regiones*). Alors chacun d'eux administre seulement sa partie ou sa région; il ne peut se mêler des autres que comme surveillant; la responsabilité de gestion est aussi divisée (7).

233. Les attributions du tuteur s'étendent à la personne et aux biens du pupille. — Pour la personne, il doit principalement veiller à son entretien et à son éducation; le tout proportionnellement à sa fortune et à son rang (8); il doit même lorsqu'il s'agit de déter-

---

(1) D. 26. 7. 7. f. Ulp. — C. 5. 37. 24. — (2) C. 5. 51. 13. § 1. — (3) C. 5. 42. f. 1. 3 et 5. — D. 26. 7. 7. p. f. Ulp. — (4) D. 26. 7. 1. § 1. f. Ulp. — (5) D. 26. 7. 3. §§ 1 à 7. f. Ulp.— (6) D. 26. 7. 3. § 8. — 27. 3. 1. §§ 11 et suiv. f. Ulp. — (7) D. 26. 7. fr. 3. § 9. et fr. 4. — C. 5. 52. 2.— (8) D. 26. 7. 12. § 3. f. Paul. et 13. p. f. Gaius.

miner le lieu où le pupille sera élevé, consulter le magistrat (1). — Quant aux biens, le tuteur doit vendre les animaux inutiles au pupille et les choses sujettes à dépérissement : on mettait autrefois dans cette classe les objets mobiliers et les bâtiments, qui, depuis Constantin, ne peuvent plus être aliénés sans un décret du magistrat (2) ; poursuivre les débiteurs du pupille et les faire payer : si lui-même était débiteur du père du pupille, il doit acquitter sa dette (3) ; administrer tous les biens et en percevoir tous les revenus ; déposer dans un lieu désigné l'argent du pupille, dans le but d'en acheter des fonds ; la somme à laquelle le dépôt doit avoir lieu est fixée selon les circonstances ; le tuteur qui ne dépose pas doit les intérêts (4) ; faire emploi de l'argent, soit en le plaçant à intérêt, soit en achetant des fonds : l'emploi doit être fait dans les six mois de la première année de la tutelle ; les années suivantes, dans les deux mois ; après ce délai, le tuteur doit les intérêts en usage sur les lieux ; s'il détournait l'argent à son profit, il devrait l'intérêt légal qui était le plus haut, le douze pour cent (*centesimæ usuræ*) (5) ; payer les créanciers du pupille, et se payer soi-même s'il est créancier (6) ; défendre le pupille en justice, soit en agissant, soit en défendant, soit en appelant (7).

Dans tous ces actes, le tuteur doit apporter tous les soins qu'il apporterait à ses propres affaires (*quantam in rebus suis diligentiam*) ; il est responsable non-seulement de la fraude dont il se rendrait coupable, mais encore de ses fautes (*dolum et culpam præstat*) (8).

Mais quelle est la nature de ses pouvoirs et de son intervention? C'est ce qu'il importe de déterminer. (App. 6, liv. 1.)

234. Gardons-nous bien de dire en droit romain, comme on le dit dans notre droit, que le tuteur représente la personne du pupille dans les actes civils. Selon le droit primitif et rigoureux des Romains, un citoyen ne pouvait être représenté par un autre ; lui seul pouvait agir pour son compte et remplir les diverses solennités des actes, soit par lui-même, soit, dans certains cas, par des personnes soumises à sa puissance, parce qu'elles étaient censées ne faire qu'une seule et même personne avec lui. Cependant, avec le temps, on se relâcha de cette rigueur. Le principe primitif fut toujours maintenu pour les actes du droit civil qui devaient s'accomplir par le moyen de paroles et de solennités prescrites ; et d'abord, inévitablement, pour ceux qui se faisaient dans les comices : le testament, l'adrogation ; — De même pour les *actions de la loi* (« *Nemo alieno nomine lege agere potest*, » dit Ulpien) (9), et pour les actes qui n'en étaient qu'une fiction : l'*in jure cessio*,

(1) C. 5. 49. — (2) C. 5. 37. 22. — D. 26. 7. f. 5. § 9. et 7. § 1. — (3) D. 26. 7. fr. 1. § 4. et fr. 15. — (4) D. 26. 7. 5. p. et 7. § 7. — (5) *Ib.* fr. 7. §§ 3. 4. 10 et 11. — (6) *Ib.* fr. 9. § 5. — (7) *Ib.* fr. 1. §§ 2 et 3. — C. 5. 37. const. 6 et 11. — (8) D. 27. 3. 1. p. — 50. 17. 23. p. f. Ulp. — (9) D. 50. 17. 123. f. Ulp. — Ulp. *Reg.* 11. § 24.

la *manumission* (1), l'*adoption*; — Enfin pour ceux qui, quoique faits en dehors de l'autorité publique, exigeaient des solennités éminemment civiles : ainsi pour la *mancipation*, et pour les cas où on en faisait un emploi fictif, tels que ceux d'*émancipation*, de testament *per æs et libram*; pour l'*acceptilation*, mode d'extinction des obligations *verbis* (2) ; pour cette sorte d'adition d'hérédité qui exigeait la prononciation d'une formule sacramentelle, et qu'on nommait la *crétion* (3) ; — même pour l'adition en général, quoique par un autre motif, que nous expliquerons bientôt (4). Pour les actes de cette nature, nulle représentation ne fut possible : chaque citoyen fut toujours obligé d'agir lui-même. A l'égard des autres actes, des contrats et des opérations du droit des gens, il fut admis qu'on pourrait en confier le soin à des procureurs ; qu'ils pourraient être faits par des gérants d'affaires. Et bien que, selon la stricte application des principes, le procureur, le gérant d'affaires ne fussent jamais que des personnes agissant en leur propre nom dans l'intérêt d'un tiers, s'engageant eux-mêmes en engageant les autres envers eux, cependant, à l'aide d'actions de compte réciproques, d'actions utiles, de moyens indirects, et d'interprétations variées selon les cas, on parvint à reporter sur celui à qui l'affaire appartenait réellement les avantages et les désavantages des négociations. (App. 9, liv. 3.)

La connaissance de ces principes généraux peut seule donner la clarté et la couleur locale à ce qui concerne la nature des pouvoirs du tuteur dans l'administration des biens.

235. Pour ces actes de droit civil, soumis à la nécessité de solennités et de paroles prescrites, où chaque citoyen doit comparaître, agir et parler lui-même, le tuteur ne peut opérer pour le pupille. Il faudrait que le pupille lui-même intervînt. Mais ici deux obstacles se présentent : d'un côté, s'il est encore à l'âge où l'on ne parle pas (*infans; qui fari non potest*) (5), encore à la mamelle ou peut s'en faut, dit Théophile, ne pouvant prononcer les paroles solennelles, il y a impossibilité totale que ces actes s'accomplissent. D'un autre côté, lorsqu'il est arrivé à l'âge où il peut physiquement proférer les paroles prescrites, un autre obstacle se rencontre : la personne civile que le droit romain exige pour l'accomplissement de ces actes, c'est-à-dire la personne du citoyen romain pubère, n'existe pas encore en lui. Le premier obstacle, en principe, n'a pas de remède, sauf l'emploi des esclaves quand il y a lieu ; mais on en trouve un au second. Le tuteur viendra se joindre au pupille qui n'est plus *infans*; il complétera, par sa présence et sa coopération, le personnage incomplet de l'impubère ; il fera surgir, en s'adjoignant à lui, cette personne civile que le

(1) Cod. 7. 1. 3; et 7. 2. 9. const. Car. Carin. et Numer. — Dig. 40. 2. 24. f. Paul. — (2) Dig. 46. 4. 13. § 10. f. Ulp. — (3) Gaius. 2. § 166. — (4) 49. 1. 17. § 1. f. Modest. — 29. 2. 90. pr. f. Paul. — (5) Dig. 26. 7. 1. § 2. f. Ulp.

droit romain exige pour les actes solennels : l'impubère prononcera les paroles solennelles de l'acte, le tuteur prononcera celles par lesquelles il se porte coopérateur, créateur de l'acte avec le pupille (*auctor fit, auctoritatem præstat*), et l'acte civil sera ainsi valablement accompli. Voilà pourquoi on dit que le tuteur est donné, non pas aux biens ou à l'affaire, mais à la personne : « *Personæ, non rei vel causæ datur* (1). »

Tout ceci s'applique aux actes dans lesquels le pupille doit intervenir lui-même. Impossibilité de les accomplir tant qu'il est *infans*; possibilité dès qu'il n'est plus *infans*, mais avec l'adjonction du tuteur à sa personne, le complément de sa personne par la coopération du tuteur.

236. A l'égard des autres actes, que le pupille soit *infans* ou qu'il ne le soit plus, le tuteur peut les faire lui-même, et il agit alors comme gérant d'affaires. Voilà pourquoi on dit que les tuteurs interviennent dans les affaires du pupille de deux manières : soit en gérant les affaires (*negotia gerere*), soit en interposant leur autorisation (*auctor fieri, auctoritatem interponere*). « Pupillorum pupillarumque tutores, dit Ulpien, et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt (2). » Tant que le pupille est *infans*, ils ne peuvent que gérer les affaires; dès que le pupille n'est plus *infans*, ils interposent leur *auctoritas* dans les actes qui exigent absolument la présence du pupille : dans tous les autres, ils peuvent, ou gérer encore eux-mêmes, ou autoriser le pupille. Les conséquences de la gestion, tant en actif qu'en passif, étaient reportées sur le pupille par divers moyens directs ou indirects selon le cas (3).

237. A l'époque de Justinien, plusieurs de ces actes solennels ont disparu ou ont été modifiés. Dans quelques-uns, la rigueur qui y mettait un obstacle absolu tant que le pupille était *infans* a reçu des tempéraments. Ainsi depuis longtemps il est établi que le tuteur peut plaider pour le pupille (4); ainsi Théodose et Valentinien lui ont permis de faire adition d'hérédité pour l'*infans*. Mais pour d'autres actes, comme l'adrogation, la manumission, l'acceptilation, la répudiation d'une hérédité, il faut toujours l'intervention même du pupille (5).

238. Quelques mots, pour terminer, sur la capacité des impubères.

On sait, par ce que nous avons déjà dit sur l'âge des personnes

---

(1) Dig. 26. 2. 14. f. Marci. — (2) Ulp. *Reg.* 11. § 25. — (3) Dig. 26. 9. *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.* Voyez notamment les fr. 2. 4 à 8. — Cod. 5. 39, même sujet, 2 et 4. — (4) Inst. 4. 10 princ. Le tuteur pouvait ou prendre lui-même la cause (*suscipere judicium*), ou la faire prendre au pupille, s'il n'était pas *infans*, en se portant *auctor* (Dig. 26. 7. 1. § 2. fr. Ulp.). C'était, du reste, une règle générale dans la procédure par formules, qu'on pouvait plaider par procureur Gaius en développe les conséquences; 4, §§ 82 et suiv. — (5) Voir les textes cités dans les notes 1 et 2, à la page précédente.

en général (tom. I, *Génér.*, n[os] 86 et suiv.), que l'âge des impubères avait été divisé en deux périodes distinctes : 1° celle de l'enfance, période indéterminée, ne comprenant guère que les deux premières années de la vie, celles où l'homme ne parle pas encore; 2° la période au-dessus de l'enfance, du moment où la faculté de parler est venue jusqu'à la puberté. Mais le matérialisme de cette division du vieux droit romain, basé sur un phénomène purement physique, la parole, fut corrigé par de nouvelles distinctions de la jurisprudence. Les jurisconsultes, au lieu de ne considérer que la parole, firent entrer en considération l'intelligence (*intellectus*) et le jugement (*judicium*). Ils remarquèrent que du moment où l'homme peut parler il n'a cependant pas l'intelligence des affaires sérieuses, des actes de droit. L'impubère de trois ans, de quatre ans, pourra prononcer les paroles d'une *mancipatio*, d'une *in jure cessio;* mais comprendra-t-il ce qui se passe dans ces actes? Et même il est un âge dans la vie où l'intelligence de pareilles affaires peut être venue, mais où le jugement pour les apprécier, pour en balancer les avantages et les désavantages, n'est pas encore pleinement développé. Un impubère de neuf ans, de dix ans, intervenant dans une *mancipatio*, dans une *in jure cessio*, peut comprendre ce dont il s'agit dans ces actes; mais a-t-il un jugement suffisant pour les apprécier, pour juger s'ils lui sont avantageux ou non? — D'après ces considérations, les jurisconsultes romains subdivisèrent en deux parties la période au-dessus de l'enfance, et se mirent à distinguer si l'impubère était plus près de l'enfance (*infanti proximus*), ou plus près de la puberté (*pubertati proximus*). Subdivision intermédiaire, dont le point d'intersection n'était pas déterminé d'une manière précise, puisque les deux termes auxquels il servait de milieu ne l'étaient pas eux-mêmes, mais que l'opinion générale tendait à fixer à sept ans accomplis : « Dans la septième ou la huitième année, » dit Théophile (1). Cela posé, l'impubère, soit *infans*, soit *infanti proximus*, fut, aux yeux des jurisconsultes romains, comme n'ayant aucune intelligence des actes de droit (*nullum intellectum*), et sous ce rapport assimilé à peu près au fou : « Infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent, » dit Gaius (2). Au contraire, l'impubère plus près de la puberté que de l'enfance (*pubertati proximus*), c'est-à-dire au-dessus de sept ans environ, fut considéré comme ayant déjà quelque intelligence des affaires sérieuses : « Jam aliquem

(1) « Pupillorum enim alii sunt *infantes*, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores; alii dicuntur *proximi infanti*, ut qui recte loqui incipiunt; alii sunt *proximi pubertati*. Et infans quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est : qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur » (THÉOPH. *Inst.* 3. 9. § 10.) — (2) GAI. 3. § 109. — INST. de Justinien. 3. 19. § 10.

intellectum habent, » disent les mêmes textes (1) ; mais il leur manque le jugement plein et entier (*animi judicium, plenum animi judicium*) pour apprécier les avantages ou les désavantages de ces affaires. Ce *plenum animi judicium* n'existe, selon la jurisprudence romaine, qu'à la puberté (2).

239. D'après cela l'*infans* qui ne peut pas encore parler et l'*infanti proximus* qui, bien que pouvant proférer les paroles, n'a pas encore l'intelligence des relations de droit, seront, aux yeux des jurisconsultes romains, incapables de figurer comme acteurs, soit seuls, soit avec l'autorisation du tuteur, dans des opérations de droit; les actes qu'ils feront ne pourront être regardés comme sérieux ; ils seront entièrement non avenus, tant envers l'*infans* ou l'*infanti proximus* qu'envers les tiers. Dans tout cet intervalle, il faudra donc que le tuteur gère les affaires. Cependant pour certains actes civils, qui ne pouvaient avoir lieu sans la coopération personnelle de l'impubère, par exemple l'acquisition d'une hérédité, ou qui étaient dans son intérêt patent, par exemple la stipulation, une interprétation plus favorable (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), d'accord du reste avec le droit primitif, permit à l'*infanti proximus* d'intervenir et d'agir individuellement, soit avec l'*auctoritas tutoris*, soit même seul, selon les cas, par cela seul qu'il pouvait prononcer mécaniquement les formules prescrites (3).

240. Quant à l'impubère *pubertati proximus*, le tuteur pourra, dans tous les cas, le faire intervenir personnellement et se borner à lui donner son *auctoritas*, puisque cet impubère peut non-seulement parler, mais encore comprendre ce qui se fait. Il y a plus, toutes les fois qu'un acte ne demandera dans l'agent que l'intelligence de ce qu'il fait (*aliquem intellectum*), l'impubère *pubertati proximus* en sera capable seul et sans autorisation parce qu'il a cette intelligence; mais lorsque l'acte demandera un jugement (*animi judicium*), le pupille même *pubertati proximus*, s'il agit sans l'autorisation de son tuteur, sera censé n'avoir aucune volonté, ni pour ni contre, parce qu'il ne peut pas juger : « Quoniam nondum plenum judicium animi habet (4). »

TITULUS XXI.	TITRE XXI.
DE AUCTORITATE TUTORUM.	DE L'AUTORISATION DES TUTEURS.

241. Les mots spécialement consacrés, *auctoritas, auctor*, ne sont point rendus par les mots généraux, *autorisation, autorisant;* le terme exact manque à notre langue.

---

(1) *Ibid.* — (2) « Impubes, licet sui juris sit, facere testamentum non potest; quoniam nondum *plenum judicium animi* habet » (ULP. *Reg.* 20. § 12). — (3) DIG. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. fr. Paul. — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. fr. GAI. — 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. fr. Gai. — 46. 6. *Rem. pupill. salv. fore.* 6. fr. Gai. — Enfin, Gai. 3. § 109. — (4) « Pupillus nec velle nec nolle in ea ætate, nisi adposita tutoris auctoritate, creditur; nam quod *animi judicio* fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est » (DIG. 50. 17. *De reg. jur.* 189. fr. Cels.).

Auctor (qui dérive du verbe *augere*, augmenter, croître, faire croître) indique la cause productive, la cause efficiente, la cause déterminante d'un fait, d'un droit, d'une œuvre, d'un phénomène quelconques; *auctoritas* est le substantif métaphysique, tiré, par abstraction, de cette première idée : comme qui dirait la condition, la puissance d'être *auctor*, cause d'augmentation, de production, de détermination. Quelquefois même *auctio* pour *auctoritas* (ULP. *Regul.* 11. 25).

Vico, qui, malgré l'assertion émise par Dion Cassius qu'il n'existe pas en grec de mot correspondant (1), fait dériver *auctoritas* de αὐτὸς (il, lui, lui-même), voit dans ce mot la faculté de connaître, de vouloir, de pouvoir, inhérente à chacun de nous; la propriété essentielle de notre nature humaine (2). L'homme seul, en effet, ici-bas, par l'élément intellectuel et indépendant qui est en lui, a reçu le pouvoir d'être cause première, cause véritablement efficiente : les autres causes, malgré les apparences, ne sont que des causes secondaires, des causes passives, obéissant à une cause plus reculée.

242. Sortis de cette idée mère, et pliés avec flexibilité aux besoins de l'esprit, les mots *auctor*, *auctoritas*, ont reçu dans la langue usuelle, dans celle de la littérature, dans celle du droit et des sciences, une multitude d'emplois variés, plus ou moins éloignés de l'origine commune, mais qu'il est toujours possible d'y rattacher. Ces mots figurent dès les temps reculés, comme expressions techniques dans le vieux droit romain : — *Auctor* a été le vendeur de qui on tenait une chose, *Auctoritas* le fait d'être *auctor*, la garantie due par l'*auctor* contre toute éviction, l'action pour réclamer cette garantie, le droit même de propriété transféré par l'*auctor* (3); — *Auctor secundus* a été le fidéjusseur répondant pour le vendeur, joignant son *auctoritas* à celle du vendeur (4); — *Auctor* a été le promettant ou le répondant à une interrogation

(1) DION. CASS. liv. 45. — (2) « Auctoritas igitur... est *ipsum cujusque nosse, velle, posse;*... et definiri potest, *nostra humanæ naturæ proprietas.* » Vico. *De uno universi juris principio*, n° 89 et suiv. — Il y revient de nouveau dans ses *Principii di una scienza nuova*, liv. 2, p. 128 de l'édition de Milan, 1836. — Cette étymologie grecque est défendue aussi par plusieurs autres philologues.

(3) « Quæro an pila, quæ ab *auctore* domui conjuncta erat, ad emptorem quoque jure emptionis pertineat. » (DIG. 19. 1. 52. fr. Scæv.) — « Venditor, si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto, *auctoritati* manebit obnoxius. » (PAUL. *Sent.* 2. 17. § 1.) — « *Auctoritas*, id est actio pro evictione. » (DIG. 21. 2. 76. fr. Venulej.) — « Usus *auctoritas* fundi biennium est, sit etiam ædium. » (CICER. *Top.* 4. 23.) — « Adversus hostem æterna *auctoritas*. » (Termes des XII Tables. CICER. *de Offic.* 1. 12.) — « Quod subreptum erit, ejus rei æterna *auctoritas* esto. » (Termes de la loi Atinia : AUL. GEL. *Noct. Attic.* 17. 7.) — « Locum purum pignori creditori obligavit, eique instrumentum emptionis tradidit; et cum eum locum inædificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine, ... petit a creditore, ut instrumentum a se traditum *auctoritatis* exhiberet. » (DIG. 13. 7. 43. pr. Scævol.)

(4) « An is qui mancipium vendidit, debeat fidejussorem ob evictionem dare, quem vulgo *auctorem secundum* vocant? » (DIG. 21. 2. 4. pr. f. Ulp.)

solennelle, celui qui créait ainsi une obligation, un droit (1); ou bien encore la personne à laquelle on avait succédé, cause première des droits et des charges recueillis dans sa succession (2); — *Auctoritas* a été la garantie, la responsabilité de celui qui avait permis ou qui avait ordonné quelque chose, qui en avait été la cause efficiente ou déterminante (3). Les sénateurs votant, dans le sénat, pour une proposition, en ont été *auctores* (4); la proposition émanée du sénat et destinée à être présentée aux comices, ou à devenir sénatus-consulte par l'accomplissement des formalités voulues, ou restée à l'état de simple décision du sénat, faute de cet accomplissement, a été nommée *senatus auctoritas* (5); — le magistrat investi d'un pouvoir d'action, de décision, de commandement, ou bien ce pouvoir lui-même a été une *auctoritas* (6).

243. Ces expressions *auctor fieri, auctoritatem præstare*, ont été employées, dès l'époque même des Douze Tables (7), pour désigner l'action du tuteur intervenant dans les actes que le pupille a besoin de faire, s'adjoignant à la personne de ce pupille afin de la compléter (*personæ, non rei vel causæ datur*), et se portant, avec lui, *auctor*, c'est-à-dire cause déterminante, cause efficiente de l'acte en question. *Auctoritas*, on le voit, n'exprime pas une simple autorisation, une ratification; mais bien un concours, une participation active du tuteur dans l'acte même (*in ipso negotio*) (8) en ces termes : « *Auctorne fis ?* » lui demande-t-on, et il répond : « *Auctor fio.* » La nécessité de ces paroles solennelles aurait cessé dès l'époque de Gaius, s'il faut s'en rapporter au Digeste (9).

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibus-	L'autorisation du tuteur dans certains actes est nécessaire aux pupilles, et dans

---

(1) « Non si mihi Jupiter auctor
» Spondeat. »
(VIRGIL. Æn. 5. 17.)

Et, dans l'interrogation adressée, devant les comices, à celui qu'il était question d'adopter : « ... Te esse interrogatum, *auctor* ne esses, ut in te P. Fontejus vitæ necisque potestatem haberet, ut in filio. » (CICER. *Pro domo*. 29.)

(2) « Bona quæ, cum moreretur *auctor* tuus, ejus fuerunt, solenniter petes. » (COD. HERMOGEN. tit. 12. *De successionibus*.)

(3) AGORAST. « Suspende, vinci, verbera, auctor sum, sino.
MILPH. » Si auctoritatem postea defugeris,
» Ubi dissolutus tu sies, ego pendeam. »
(PLAUT. *Pœnulus*, 1. 1. 17.)
CHÆREA. » Jubeo, cogo, atque impero,
» Nunquam defugiam auctoritatem. »
(TERENT. *Eunuchus*, 2. 4. in fin.)

(4) « Ut legum, quæ comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres *auctores* fierent. » (TIT. LIV. 8. 12.) — (5) « Tribuni plebis ex *auctoritate senatus* ad populum tulerunt, ut... » etc. (TIT. LIV. 26. 21, et 42. 21.) — « Si quis intercedat senatusconsulto, *auctoritate* se fore contentum. » (TIT. LIV. 4. 57.) — (6) « Satellites lictoresque assidui custodes auctoritatis. » (PLIN. 11. 17. 17.) — « Auctoritas censoria. » (CICER. *Pro Cluent.* 49.) — (7) GAI. 2. § 47. — (8) DIG. 26. 8. 9. § 5. fr. Gai. — INST. h. t. § 2. — (9) DIG. 26. 8. 9. § 6. fr. Gai.

dam non est necessaria; ut ecce : si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero, non aliter quam tutoris auctoritate. Unde, in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli *non obligantur*.

d'autres ne l'est point. Par exemple : elle n'est pas nécessaire lorsqu'ils stipulent qu'on leur donnera quelque chose : elle est indispensable lorsqu'ils promettent à d'autres. En effet, il a été établi qu'ils peuvent, sans l'autorisation du tuteur, rendre leur condition meilleure, mais qu'ils ne peuvent la rendre pire qu'avec cette autorisation. D'où il suit que, dans ces actes qui engendrent des obligations réciproques, comme dans les achats, les ventes, les louages, les mandats, les dépôts, si l'autorisation du tuteur n'intervient pas, ceux qui contractent avec les pupilles sont obligés, mais les pupilles ne le sont point réciproquement.

244. Ces expressions diverses, que les impubères peuvent, sans l'autorisation du tuteur, rendre leur condition meilleure, mais non la rendre pire; obliger les autres envers soi, mais non s'obliger envers les autres (1); stipuler, mais non promettre; toutes ces expressions sont bien loin d'être synonymes, mais elles expriment des règles qui ne sont que la conséquence l'une de l'autre. — La plus générale est la première : les pupilles peuvent, sans l'autorisation de leur tuteur, rendre leur condition meilleure : en effet, de pareils actes n'exigent que l'intelligence de ce qu'ils font (*aliquem intellectum*); mais non la rendre pire : en effet il faut alors un jugement (*animi judicium*), pour estimer si la perte est compensée par un bénéfice suffisant. — Voilà le principe fondamental; les autres n'en sont qu'une conséquence, et c'est ce qu'indique notre texte lui-même. Ainsi les pupilles peuvent bien recevoir un objet qu'on leur donne, accepter la libération d'une dette, parce que c'est rendre évidemment leur condition meilleure, et qu'il leur suffit, pour la validité de ces actes, d'avoir l'intelligence de ce qu'ils font; mais ils ne peuvent aliéner ce qui leur appartient, libérer un débiteur, payer un créancier, parce que c'est rendre leur condition pire, et qu'il faudrait un jugement pour balancer la perte que ces actes leur font essuyer avec le bénéfice qu'ils peuvent leur procurer. De là découle aussi la seconde règle : ils peuvent obliger les autres envers eux, car celui qui impose à quelqu'un l'engagement de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose, rend évidemment sa condition meilleure : il lui suffit, pour la validité de l'acte, d'avoir l'intelligence de ce qu'il fait; mais ils ne peuvent s'obliger envers les autres, car celui qui prend envers quelqu'un l'engagement de donner, de faire ou de ne pas faire, rend sa condition pire : et lors même que son obligation n'est que le prix d'un avantage qu'on lui a procuré, il faut un jugement pour balancer la perte et l'avantage. De là découle aussi la troisième règle : ils

(1) Inst. 3. 19. § 9.

peuvent stipuler, car ce n'est qu'une manière spéciale d'obliger les autres envers soi; mais ils ne peuvent promettre, car ce n'est qu'une manière spéciale de s'obliger.

245. *Non obligantur.* Les contrats indiqués ici se décomposent en deux actes : d'un côté, acte de l'une des parties qui s'engage envers le pupille; de l'autre côté, acte du pupille qui s'engage envers l'autre partie. Le pupille ne figure dans le premier acte que comme personne envers qui on s'oblige et qui rend sa condition meilleure; il lui suffit, pour remplir son rôle, d'avoir l'intelligence de ce qui se fait (*aliquem intellectum*); cet acte est donc valable. Dans le second, le pupille figure comme voulant s'obliger, rendre sa condition pire, ce qui exigerait un jugement (*animi judicium*) pour peser l'engagement qu'il va prendre et le balancer avec celui qu'on a pris envers lui, jugement dont il est incapable; il est donc censé n'avoir aucune volonté ni pour ni contre cet acte, et son engagement n'existe pas. — Il ne faut pas croire néanmoins que le pupille ne soit soumis à aucune obligation. On suit envers lui cette règle, que personne ne doit s'enrichir au détriment du droit d'autrui : « Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem (1). » En conséquence, s'il retire quelque profit du contrat, il est obligé jusqu'à concurrence de ce profit (*in quantum locupletior factus est*) (2). Si donc il a vendu quelque objet, il ne sera pas obligé de le livrer; s'il l'a livré, son tuteur pourra le reprendre par vendication; mais s'il en a reçu le prix, il devra rendre tout l'argent qu'il n'a point perdu ou follement dépensé; en un mot, qui a tourné à son profit : de même, si le pupille a reçu un mandat, un dépôt, il ne peut être poursuivi pour avoir mal rempli le mandat, mal soigné le dépôt, perdu les choses appartenant au mandant ou au déposant; mais il doit rendre tout ce qu'il a conservé et qu'il ne pourrait garder sans s'enrichir au préjudice du droit d'autrui. Quant à ceux qui ont contracté avec le pupille, ils sont entièrement obligés; s'ils ont acheté, vendu, confié un mandat, un dépôt, le tuteur peut les contraindre à payer le prix convenu, à livrer la chose vendue, à indemniser le pupille des dépenses qu'il a faites pour le mandat ou le dépôt.

I. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, neque ullum damnum habeant.

I. Cependant ils ne peuvent, sans l'autorisation du tuteur, ni faire adition d'hérédité, ni demander une possession de biens, ni recevoir une succession par fidéicommis, bien qu'elle soit lucrative, et qu'ils n'y trouvent aucune perte.

246. L'hérédité est la succession déférée par le droit civil; *hereditatem adire* signifie accepter l'hérédité (*ire ad hereditatem*).— La possession des biens est un droit accordé par le préteur sur une

(1) D. 50. 17. 206. f. Pomp. — (2) D. 26. 8. 5. § 1. f. Ulp.

hérédité ; c'est en quelque sorte une succession prétorienne (ci-dess., tom. I, *Hist.*, n° 332). — L'hérédité fidéicommissaire est celle qu'on reçoit par une personne interposée, que le testateur a chargée de faire cette transmission (ci-dess., tom. I, *Hist.*, n° 378). — Le pupille ne peut acquérir aucune de ces successions sans l'autorisation du tuteur, parce que son acquisition l'obligerait à payer les dettes du défunt (1) : or il ne peut s'obliger tout seul. Telle est la raison toute simple, qui dérive du principe fondamental, et que d'ailleurs Ulpien donne expressément en ces termes : « More nostræ civitatis neque pupillus, neque pupilla, sine tutoris auctoritate obligari possunt : hereditas autem quin obliget nos æri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est (2). » Cependant il n'en était pas de l'hérédité comme des contrats dont nous avons parlé dans le paragraphe précédent ; il existait deux différences remarquables qu'on ne peut se dispenser de signaler.

1° L'adition d'hérédité était au nombre de ces actes qui ne pouvaient être faits par procureur (3) ; et cela par un motif bien simple : c'est que le procureur, en droit romain, faisait, non pas au nom du mandant, mais en son propre nom, les actes qu'il avait été chargé de faire ; sauf à reporter sur le mandant, par des opérations ultérieures, les résultats de ces actes. Or on conçoit qu'il pût ainsi acheter, vendre, louer ; mais comment aurait-il accepté en son propre nom une hérédité à laquelle il était étranger ? La personne appelée à l'hérédité avait seule qualité pour en faire l'adition. Ainsi le tuteur ne pouvait faire un pareil acte seul et sans l'intervention du pupille. De ce principe découlait la conclusion rigoureuse que tant que ce dernier était *infans* il lui était impossible d'acquérir une succession, parce que ne pouvant proférer aucune parole, il ne pouvait déclarer à cet égard son intention ; parce que, n'ayant aucune intelligence des choses sérieuses, il ne pouvait, non plus, faire, avec connaissance de cause, aucun acte d'héritier, et que le tuteur ne le pouvait pas sans lui. Cependant Théodose et Valentinien, dans une constitution, donnèrent, dans ce cas, au tuteur la faculté d'accepter au nom du pupille (4). Mais, dès que le pupille n'était plus *infans*, c'est-à-dire dès qu'il pouvait parler, on rentrait dans la règle ordinaire, l'adition ne pouvait plus être faite que par lui-même, avec l'autorisation du tuteur (5) ; et, pour ce cas, la jurisprudence n'avait nullement hésité à lui accorder le droit d'agir, quoiqu'il fût encore tout près de l'enfance : « Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit ut causam adquirendæ hereditatis non intelligat..... tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest ; hoc enim favorabiliter ei præstatur (6). »

---

(1) Quoiqu'il y ait différence entre l'un et l'autre cas, dans la nature et l'origine historique de cette obligation aux dettes. Voir Inst. 2. 23. §§ 3. 4 et suiv. — (2) D. 29. 2. 8. f. Ulp. — (3) *Ib.* 90. f. Paul. — (4) C. 6. 30. 18. § 2. — (5) *Ib.* c. 5. — (6) D. 29. 2. 9. f. Paul.

2° La seconde différence consiste en ce que, si le pupille accepte sans l'autorisation du tuteur, son acceptation est radicalement nulle, tellement qu'elle n'est pas même considérée comme valable dans l'intérêt du pupille, lorsque l'hérédité est avantageuse et n'offre aucune espèce de perte. Cette disposition particulière à l'hérédité peut, au premier abord, paraître en opposition avec ce qui a lieu dans les contrats faits par le pupille; et néanmoins elle est parfaitement en harmonie et découle des mêmes principes. En effet, si les contrats tels que la vente, le louage, etc., sont valables dans l'intérêt du pupille, c'est qu'outre la volonté de ce dernier, ils sont aussi le résultat de la volonté d'une autre personne, et se composent de deux actes : l'un pour lequel il suffit au pupille d'avoir *aliquem intellectum*, c'est cet acte qui est valable; l'autre pour lequel il faudrait au pupille l'*animi judicium*, c'est celui-là qui est nul (nos 244 et suiv.). Mais dans l'acceptation d'hérédité, il n'y a qu'un seul acte, résultat de la seule volonté, du seul choix de l'héritier. Pour ce choix, il ne suffit pas d'avoir l'intelligence de ce qu'on fait; il faut encore un jugement pour peser les avantages et les charges de l'hérédité. Or le pupille, étant incapable de ce jugement, est censé, tant qu'il n'agit pas avec l'autorisation du tuteur, n'avoir aucune volonté ni pour ni contre l'acceptation (n° 240), et, puisque cet acte réside en entier dans sa volonté, la conséquence rigoureuse est que l'acte doit être totalement nul. (App. 5, liv. 1.)

II. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

2. Du reste, le tuteur doit, présent à l'acte même, donner à l'instant son autorisation s'il le juge utile au pupille; car, donnée après un délai, par lettre ou par intermédiaire, l'autorisation est sans effet.

247. Nous avons déjà dit que l'incapacité du pupille l'avait fait considérer comme hors d'état d'agir seul dans les actes exigeant non-seulement l'intelligence, mais encore un jugement, qu'il n'avait pour ces actes qu'une personne en quelque sorte imparfaite, qui avait besoin d'être complétée par l'adjonction du tuteur interposant son *auctoritas*. De là il résulte que cette *auctoritas* ne pouvait être qu'une participation active du tuteur dans l'acte et non une approbation donnée à l'avance, encore moins une ratification survenue après. Le tuteur était partie dans le contrat, il déclarait se porter *auctor*; dans le temps où l'on ne procédait que par formules, il faisait cette déclaration sur l'interrogation qu'on lui en adressait : « *Auctorne fis? — Auctor fio* »; ensuite il fut reçu que, même quand l'interrogation n'aurait pas eu lieu, son assistance dans l'acte et sa déclaration qu'il l'approuvait vaudraient *auctoritas* (1). Il ne pouvait pas mettre de condition à son autorisation, qui devait être pure et simple (2). Les tuteurs honoraires,

(1) D. 26. 8. 3. f. Paul. — (2) *Ib.* 8. f. Ulp.

n'ayant pas l'administration des affaires, ne pouvaient pas valablement se porter autorisants (1), si ce n'est pour l'acceptation d'une hérédité (2), parce qu'il suffisait, dans cet acte, d'apprécier l'hérédité en elle-même, ce qui n'exigeait pas la connaissance des autres affaires du pupille.

III. Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætoris tutor, ut olim, constituitur; sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, judicium peragitur, et, eo peracto, curator esse desinit.

3. S'il doit y avoir action judiciaire entre le pupille et le tuteur, celui-ci ne pouvant se porter autorisant dans sa propre cause, on donne, non pas, comme jadis, un tuteur prétorien, mais, à sa place, un curateur qui intervient dans l'instance, et qui, l'instance terminée, cesse d'être curateur.

248. Il faut remarquer cette maxime : *Tutor in rem suam auctor esse non potest.* Le tuteur en effet, dans aucune affaire, dans aucun acte entre lui et le pupille, ne peut intervenir comme étant à la fois l'une et l'autre partie, agissant d'un côté pour lui-même contre le pupille, de l'autre pour le pupille contre lui-même. Jadis le pupille ne pouvait être représenté en justice par d'autres que par un tuteur (3), d'où il suivait que si un procès s'élevait entre le pupille et son tuteur, il fallait nécessairement pour ce procès lui donner un autre tuteur. Aussi cet usage s'introduisit, et ce tuteur fut appelé *tutor prætorius, prætorianus,* parce qu'il était nommé par le préteur de la ville (4). Il formait exception à la règle que les tuteurs ne peuvent être donnés pour une affaire spéciale. Après la suppression des actions de la loi (ci-dess., tom. I, *Hist.,* n°s 427 et suiv.), cette formalité devint moins nécessaire, parce que, dans la plupart des cas, on put agir par procureur (5). Elle était entièrement inutile sous Justinien, parce que depuis longtemps la forme des procédures était simplifiée. Voilà pourquoi on donne ici à ce représentant du pupille le titre de curateur, et non celui de tuteur, modification qui apportera quelque différence dans les actions qui auront pour but de lui faire rendre compte.

TITULUS XXII. QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

TITRE XXII. DE QUELLES MANIÈRES FINIT LA TUTELLE.

249. Quelquefois la tutelle finit pour le pupille, et alors, finissant aussi pour le tuteur, elle est entièrement terminée; quelquefois elle ne cesse que pour le tuteur seul, qui se trouve remplacé par un autre, et alors, par rapport au pupille qui reste toujours en tutelle, il y a changement de tuteur, mais non fin de la tutelle.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex

Les pupilles, dès qu'ils ont atteint la puberté, sortent de tutelle. Or la puberté, chez les anciens, se jugeait dans

---

(1) *Ib.* 4. f. Pomp. — (2) D. 29. 2. 49. f. Afric. — (3) Gai. 4. § 82. — Inst. 4. 10. p. — (4) Gaius. 1. § 184. — Ulp. *Reg.* 11. § 24. — (5) Gaius. *Ibid.*

annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculo extendere. Et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in feminis personis bene positam, suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viri potentes esse credantur.

les mâles non-seulement par l'âge, mais encore par le développement du corps. Mais notre majesté a justement cru digne de la chasteté de notre siècle qu'un acte considéré même par les anciens comme contraire à la pudeur à l'égard des femmes, c'est-à-dire l'examen de l'état du corps, fût pareillement réprouvé à l'égard des hommes. En conséquence, par une sainte constitution, nous avons établi que la puberté, chez les mâles, commencerait dès l'âge de quatorze ans accomplis, sans déranger la règle si bien posée par l'antiquité pour les femmes, qui doivent être réputées nubiles à douze ans accomplis.

250. L'homme pubère est celui qui peut engendrer (*qui generare potest*) (1); la femme pubère ou nubile celle qui peut concevoir (*viripotens*). La puberté est donc, pour les deux sexes, l'état où ils peuvent s'unir l'un à l'autre. Cet état dépend du développement physique du corps : il arrive plus tôt chez les femmes que chez les hommes. Généralement, dans le même lieu, il commence à peu de chose près au même âge pour toutes les personnes d'un même sexe; cependant il peut être plus précoce chez l'une que chez l'autre. Mais la nature l'indique à chaque individu, et l'extérieur du corps lui-même le fait connaître : c'est l'indice le plus naturel. La loi civile devait nécessairement attacher à la puberté la capacité de se marier. C'est ce qu'elle avait fait, comme nous l'avons déjà dit (n° 104); mais, en outre, elle y attacha encore pour les hommes : 1° la capacité de gouverner eux et leurs biens, et par conséquent la fin de la tutelle; 2° la capacité de faire un testament (2). Nous disons pour les hommes, parce que les femmes étaient primitivement soumises à une tutelle perpétuelle. Il est vrai que cette tutelle finit par tomber en désuétude, et les femmes alors acquirent, à leur puberté, les mêmes droits que les hommes. — Quant à l'époque de la puberté, le droit civil l'avait fixée à douze ans accomplis pour les femmes, laissant pour les hommes l'indice naturel, l'extérieur du corps. Sous l'empire, les jurisconsultes proculéiens de l'école de Labéon et de Proculus (ci-dess., tom. I, *Hist.*, n°s 362 et suiv.) pensèrent qu'il fallait désigner pour les hommes, comme on l'avait fait pour les femmes, une époque fixe où ils seraient réputés pubères, l'époque de quatorze ans; les Cassiens, disciples de Capiton et de Cassius, persistèrent au contraire à vouloir conserver l'ancien droit (3). Il paraît que relativement à la capacité de tester on s'accorda généralement à adopter le terme fixe de quatorze ans (4); mais sur les autres points la dissidence d'opinion continua, et ne disparut

(1) GAIUS. 1. § 196. — ULP. *Reg.* 11. § 28. — (2) ULP. *Reg.* 20. §§ 12 et 15. — (3) GAIUS. 1. § 196. — ULP. *Reg.* 11. § 28. — (4) GAIUS. 2. § 113.

entièrement que sous Justinien, qui la détruisit par une constitution citée ici (1). En conséquence, sous cet empereur, les hommes à quatorze ans, les femmes à douze, sont capables de se marier, sont libérés de la tutelle et peuvent faire un testament.

I. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati; item, si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.

1. La tutelle finit encore si le pupille est, avant sa puberté, adrogé ou déporté, fait esclave ou pris par l'ennemi.

251. Ces cas renferment les trois diminutions de tête du pupille. Comme il cesse d'être ou libre, ou citoyen, ou maître de lui-même, il ne peut plus avoir de tuteur. Mais un impubère pouvait-il être déporté ou fait esclave? Oui. Celui qui était *proximus pubertati* pouvait être condamné comme ayant agi en connaissance de son crime (*doli capax*) (2). Il pouvait être fait esclave, non pour s'être laissé vendre, peine infligée seulement au majeur de vingt ans, mais pour avoir été ingrat envers son patron.

II. Sed et si usque ad certam conditionem datus sit in testamento, æque evenit ut desinat esse tutor existente conditione.

2. Pareillement, si quelqu'un a été, par testament, nommé tuteur jusqu'à une certaine condition, il cesse de l'être, la condition accomplie.

252. Si la tutelle testamentaire avait été donnée *sub conditione* et non *ad conditionem*, l'accomplissement de la condition, au lieu de faire cesser la tutelle testamentaire, la ferait commencer; mais elle mettrait fin à la tutelle déférée par le magistrat.

III. Simili modo, finitur tutela morte vel pupillorum, vel tutorum.

3. La tutelle finit aussi par la mort des pupilles ou des tuteurs.

IV. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, *legitima tantum* tutela perit, cæteræ non pereunt. Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, *licet minima* sit, omnes tutelas tollit.

4. Et même la diminution de tête du tuteur qui entraîne la perte de la liberté ou de la cité détruit toute tutelle; mais la petite diminution de tête, comme s'il se donne en adoption, ne détruit *que la tutelle légitime*, et non les autres. Tandis que toute diminution de tête des pupilles, *même la petite*, met fin à toute tutelle.

253. *Legitima tantum*. Parce que les tutelles légitimes, notamment celle des agnats, celle du patron, jadis celle des gentils, celle du manumisseur d'un homme *in mancipio*, étant les seules qui fussent attachées aux droits de famille ou de puissance, devaient être les seules qui finissent par la perte de ces droits; — mais les jurisconsultes romains ont bien soin de faire remarquer que cette extinction de la tutelle par la *minima capitis deminutio* ne s'applique qu'aux tutelles légitimes qui dérivent des Douze

(1) C. 5. 60. 3. — (2) Cod. 9. 47. *De pœnis*, 7. const. Alex. Sever. relative au véritable droit criminel. — D. 50. 17. 111. fr. Gaius, spécial aux actions pénales privées.

Tables, et non à celles qui seraient établies par des lois nouvelles (1).

Licet minima. Parce que le pupille cesse d'être *sui juris*, et passe au pouvoir de l'adrogeant.

V. Præterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

5. De plus, les tuteurs donnés par testament jusqu'à un certain temps, ce temps expiré, déposent la tutelle.

Appliquez ici ce que nous avons dit au § 2.

VI. Desinunt etiam tutores esse qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt; vel qui ex justa causa sese excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea quæ inferius proponemus.

6. Les tuteurs cessent encore de l'être, lorsque, ayant été jugés suspects, ils sont écartés de la tutelle, ou lorsque, sur un motif légitime, ils s'excusent et déposent le fardeau de l'administration, conformément à ce que nous exposerons plus bas.

De la tutelle des femmes.

254. Les Instituts n'indiquent pas même cette partie de la législation primitive de Rome; elle nous était inconnue dans ses détails, lorsque la découverte des Instituts de Gaius a fait cesser en partie notre ignorance. Je manquerais au plan de cet ouvrage si j'omettais de développer dans leur ensemble les idées toutes nouvelles que nous avons acquises sur cette matière.

Les anciens Romains avaient voulu que les femmes à cause de la faiblesse de leur sexe, ou plutôt par suite de la constitution politique de la famille et des droits de l'agnation, fussent soumises à une tutelle perpétuelle. C'était ce que nous apprenaient plusieurs auteurs, Ulpien, Tite-Live (2), et c'est ce que Gaius dit aussi en ces termes : « Veteres voluerunt feminas etiamsi perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse (3). »

255. Leur tutelle, comme celle des impubères, ne pouvait avoir lieu que lorsqu'elles étaient *sui juris*, car la femme qui se trouvait au pouvoir d'un maître ou d'un père de famille (*in potestate*), au pouvoir d'un mari (*in manu*), ou soumise au *mancipium* (*in mancipio*), n'avait d'autre défenseur que celui à qui elle appartenait. — Le tuteur était donné aux femmes, comme aux impubères, ou par testament, ou par la loi, ou par les magistrats.

256. Un tuteur testamentaire pouvait être donné par le chef de famille à ses filles ou petites-filles; par le mari à l'épouse qu'il

(1) Dig. 26. 4. *De legit. tutor.* 3. § 9, et 5. § 5. f. Ulp. — 4. 5. *De cap. min.* 7. f. Paul. le pr. dont la première partie est difficile à expliquer, à moins d'une correction du texte, et qui se termine en ces termes : « Ex novis autem legibus et hereditates et tutelæ plerumque sic deferuntur, ut personæ naturaliter designentur : ut ecce, deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio. » —(2) « Et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. » Ulp. *Reg.* 11. 1. — Tit. Liv. 32. 2. — Cic. *Pro Mur.* 12. 27. — (3) Gaius. 1. § 144.

avait *in manu* comme à une fille; par le beau-père à la femme placée *in manu filii*, comme à une petite-fille (1). Pourvu, dans tous ces cas, que la femme à qui le tuteur était donné dût à la mort du testateur se trouver *sui juris*. — Il y avait cela de particulier, quant à la dation de tutelle faite par le mari, qu'on lui avait permis de donner à sa femme le droit de se choisir elle-même le tuteur (2). Le tuteur choisi par la femme s'appelait *tuteur optif*, par opposition au *tuteur datif*, qui était désigné nominativement par le testament (3).

257. A défaut de tuteurs testamentaires, venaient les tuteurs donnés par la loi. Comme ceux des impubères, on les appelait, à proprement parler, tuteurs légitimes, lorsqu'ils descendaient des Douze Tables directement ou par conséquence; dans le cas où ils n'en descendaient qu'indirectement, par suite d'un contrat de fiducie, tuteurs fiduciaires. — Les tuteurs légitimes étaient, pour les ingénues, les agnats (4); pour les affranchies, le patron, et après lui ses enfants. Lorsque les enfants du patron étaient eux-mêmes impubères, ils n'en étaient pas moins tuteurs de l'affranchie; tant il est vrai que la tutelle était pour eux un droit de patronage qu'on ne pouvait leur ôter; mais ils ne pouvaient autoriser en rien cette affranchie (5). A défaut d'agnats, venait la tutelle des gentils. Il ressort de la *laudatio funebris Turiæ* (6), qui signale cette tutelle des gentils, que la tutelle légitime, pour la femme, comme pour le *prodigus* (n° 264), ne s'appliquait qu'aux biens de la succession recueillie *ab intestat* d'un ascendant —Les tuteurs fiduciaires étaient ceux qui, ayant reçu une femme *in mancipio* et l'affranchissant en exécution de la fiducie, en prenaient la tutelle à l'exemple des patrons (7). Parmi eux on aurait dû ranger l'ascendant émancipateur, qui, à l'aide d'une *mancipation* et d'une *rémancipation*, avait acquis sa fille *in mancipio*, et l'avait affranchie; mais, par honneur pour lui, on le considérait comme tuteur légitime (8). —Il était permis aux agnats, aux gentils, au patron ou à ses enfants, de se débarrasser de cette tutelle perpétuelle en la cédant à un autre, tandis qu'on ne pouvait jamais céder la tutelle des pupilles mâles, parce qu'elle était moins onéreuse, ayant un terme fixe, la puberté. Cette cession se faisait devant le magistrat (*in jure cessio*); le nouveau tuteur se nommait cessionnaire (*cessicius tutor*). Il n'était que remplaçant du cédant : car, à la mort de ce dernier, il quittait ses fonctions; ou bien s'il mourait

---

(1) GAIUS. 1. §§ 144 et 148. — (2) GAIUS. 1. § 150. — Cette option appartient bien au droit primitif, puisque Tite-Live y fait allusion en racontant un événement passé an 557 de Rome (TIT. LIV. 39. 19). — (3) « Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, *dativi;* qui ex optione sumuntur, *optivi.* » (GAIUS. 1. § 154.) — ULP. *Reg.* 11. § 14 — Ceci explique ce que nous avons dit n[os] 181 et 224. — (4) GAIUS. 1. § 157. — (5) GAIUS. 1. §§ 178. 179 et 180. — ULP. *Reg.* 11. §§ 20 et 22. — (6) Citée p. 146, en note. — (7) GAIUS. 1. § 166. — ULP. *Reg.* 11. 5. — (8) GAIUS. 1. §§ 172 et 175.

avant le cédant, celui-ci reprenait la tutelle (1). — Le droit de cession était-il accordé aux tuteurs fiduciaires? Gaius nous indique cette question comme controversée. Il ajoute que si l'on décidait que ces tuteurs ne doivent pas avoir ce privilége, il ne faudrait pas du moins appliquer cette décision à l'ascendant émancipateur, parce qu'on doit le considérer comme légitime et ne pas lui accorder moins de droit qu'au patron (2).

258. Quand les femmes n'avaient aucun tuteur ni testamentaire, ni légitime, ni fiduciaire, elles pouvaient, comme les impubères, en vertu de la loi Atilia, en demander un aux magistrats (3). Le passage dans lequel Tite-Live fait allusion à la loi Atilia, et que nous avons cité p. 168, est même relatif à une affranchie qui vivait en l'an 557 de Rome, et qui, à la mort de son patron, s'était trouvée sans tuteur.

259. La tutelle des femmes était perpétuelle. Il y avait pour elles changement de tuteur, mais non fin de la tutelle. Une seule exception existait pour les vestales, que la dignité du sacerdoce et la puissance de la déesse rendaient libres de toute autorité (4). Quand les femmes perdaient la liberté ou la cité, ou bien encore lorsqu'elles devenaient *alieni juris;* par exemple, en se mariant de manière à passer *in manu,* leur tutelle devait nécessairement finir, parce qu'elles étaient devenues esclaves, étrangères, ou la propriété d'autrui.

260. Tel était le droit primitif. La tutelle sur les femmes commença à s'adoucir même sous la république. Tous les tuteurs, à l'exception des tuteurs légitimes, perdirent en réalité leur pouvoir; les femmes traitaient elles-mêmes leurs affaires, les tuteurs n'interposaient leur autorité que dans certains cas, et pour la forme (*dicis causa*), tellement qu'ils pouvaient y être contraints par le préteur (5). C'est pour cela que Cicéron dit dans une de ses harangues : « Nos ancêtres voulurent que toutes les femmes fussent au pouvoir des tuteurs; les jurisconsultes inventèrent des espèces de tuteurs qui se trouvèrent au pouvoir des femmes (6). » Les tuteurs légitimes, savoir : les agnats, les gentils, les patrons et les ascendants émancipateurs, furent les seuls qui conservèrent une tutelle réelle, comme un droit qu'on ne pouvait leur enlever; et dans certains actes importants pour la conservation des biens de la femme (7), celle-ci ne pouvait rien faire sans leur autorisation, d'autant plus qu'étant membres de la famille et héritiers

(1) Gaius. 1. §§ 168. 169. 170. — Ulp. *Reg.* 11. 6 et 7. — (2) Gaius. 1. § 172. C'est là ce qui nous indique que, d'après le droit strict, cet ascendant n'eût pas été réellement un tuteur légitime. — (3) Gaius. 1. §§ 185 et 195. — Ulp. *Reg.* 11. § 18. — (4) Gaius. 1. § 145. — (5) Gaius. 1. § 190. — (6) « Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur. » (Cicer. *Pro Mur.* c. xii. 27.) — (7) Ulp. *Reg.* 11. § 27.

présomptifs, ils étaient personnellement intéressés à cette conservation (1).

Dès lors les femmes cherchèrent à éluder ces tutelles légitimes; elles en trouvèrent le moyen dans la loi elle-même. Avec le consentement de son tuteur légitime, la femme se laissait vendre fictivement à un tiers (*coemptionem facere*); celui-ci l'affranchissait, ou bien la revendait au premier tuteur ou à tout autre qui l'affranchissait; et alors, libérée de son tuteur légitime, dont les droits s'étaient évanouis par la vente, elle ne se trouvait plus soumise qu'à l'autorité impuissante d'un tuteur fiduciaire, celui qui l'avait affranchie (2).

261. La première loi que nous connaissions comme ayant porté une atteinte directe à la tutelle des femmes est la fameuse loi *Papia Poppæa*, dans laquelle Auguste, toujours dans le but de propager le nombre des citoyens et de récompenser la fécondité, établit que les femmes ingénues, lorsqu'elles auraient trois enfants, seraient libérées même de la tutelle légitime, et les affranchies seulement des autres tutelles. Dès lors, il put y avoir des femmes entièrement indépendantes de toute autorité.

Plus tard, sous l'empereur Claude, an 798 de Rome, fut rendue la loi *Claudia*, qui, supprimant en entier la tutelle des agnats sur les femmes, ne laissa plus subsister parmi les tutelles légitimes et réelles que celles des ascendants et des patrons (3).

262. Cette législation était celle qui existait encore sous Gaius. Aussi, dans ses *Commentaires*, cet auteur, faisant quelques réflexions sur les tutelles, dit-il que celle des impubères est conforme à la raison naturelle; mais que celle des femmes n'est appuyée sur aucun bon motif; car la raison qu'on en donne, qu'elles sont susceptibles de se laisser surprendre par légèreté d'esprit, lui semble plus spécieuse que juste, d'autant plus que les femmes traitent elles-mêmes leurs affaires et que les tuteurs n'interviennent que pour la forme (4). — Sous Septime Sévère, du temps d'Ulpien, ce droit se soutenait encore (5). Il s'en trouve une dernière mention du temps de Dioclétien (6). Mais, par la suite, tombant successivement en désuétude, il finit par s'éteindre, probablement sans qu'aucune loi spéciale l'abrogeât formellement, car il ne nous est resté aucune trace de lois qui aient eu cet objet (7). (App. 6, liv. 1.)

(1) Gaius. 1. § 192. C'est à ce propos que Gaius dit que les tutelles légitimes sur les femmes avaient quelque force : « *Legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur.* » — Voyez ce que nous avons dit là-dessus, n° 180. — (2) Gaius. 1. §§ 114 et 195. — (3) Gaius. 1. § 157. — Ulp. *Reg.* 11. § 8. Il est à remarquer que cet acte législatif, qui était probablement un sénatus-consulte, fut nommé *lex Claudia*, comme si c'eût été un plébiscite, quoique ce genre de lois eût alors entièrement cessé. — (4) Gaius. 1. § 190. — (5) Ulp. *Reg.* 11. § 8. — (6) Vatic. Frag., § 325 : « Mulier quidem facere procuratorem sine tutoris auctoritate non prohibetur. » Constitution de Dioclétien et Constance. — (7) Cette tutelle n'existait déjà plus sous Constantin. C. 2. 45. 2. § 1.

TITULUS XXIII. — DE CURATORIBUS.

TITRE XXIII. — DES CURATEURS.

263. Lorsqu'une cause générale, telle que la faiblesse de l'âge chez les impubères, celle du sexe chez les femmes, mettait les personnes hors d'état d'exercer leurs droits, on leur nommait, comme nous venons de le voir, des tuteurs. Mais lorsqu'une cause particulière ou accidentelle frappait d'incapacité une personne qui, selon le droit commun et sans cette cause, eût été capable, alors on nommait un curateur (*curator*).

264. La loi des Douze Tables mettait sous la curatelle de leurs agnats ou de leurs gentils ceux qu'elle nommait *furiosus* et *prodigus*. Nous ne connaissons de cette disposition que les paroles que j'ai citées (tom. I, *Hist.*, p. 105, tab. v, § 7), et qui nous sont indiquées par Cicéron : « SI FURIOSUS EST, AGNATORUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EJUS POTESTAS ESTO. » Ulpien la complète en nous donnant, sinon les termes, du moins le sens de la loi : « Lex Duodecim Tabularum furiosum, itemque prodigum cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse adgnatorum (1). » L'expression de *furiosus*, furieux, désignait celui dont la démence était portée à l'excès, mais non le fou ni l'imbécile. Quant au mot *prodigus*, par quelque motif particulier qui ne nous est pas connu, il signifiait dans les Douze Tables, non pas toute espèce de dissipateur, mais seulement celui qui, ayant succédé à son père *intestat*, dissipait les biens paternels (n° 257). Aussi, dans la formule d'interdiction introduite par l'usage et que le préteur employait, on ne reprochait au prodigue que la dissipation de cette sorte de biens : « Moribus per prætorem bonis interdicitur, hoc modo : QUANDO TUA BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI EA RE (ou ÆRE) COMMERCIOQUE INTERDICO (2). » Il résultait de là que les enfants, lorsqu'ils avaient succédé à leur père en vertu d'un testament, et les affranchis qui n'avaient jamais de biens paternels, n'étaient pas mis en curatelle, bien qu'ils dissipassent leur fortune. Ulpien nous apprend que les préteurs y remédièrent en leur nommant eux-mêmes des curateurs (3). Ils étendirent de même les dispositions des Douze Tables, qui n'avaient parlé que des furieux, aux fous, aux imbéciles, à ceux qu'une infirmité perpétuelle rendait incapables. Ainsi, toutes ces personnes se trouvèrent sous la surveillance de curateurs, qui se nommaient légitimes (*legitimi*) lorsqu'ils venaient des Douze Tables, honoraires (*honorarii*) quand ils étaient donnés par le préteur (4).

265. Cependant il est facile de s'apercevoir que les Romains ayant confondu l'âge où l'on est pubère avec celui où l'on est

(1) ULP. *Reg.* 12. § 2 — (2) PAUL. *Sent.* liv. 3. tit. 4 (A). § 7. — (3) ULP. *Reg.* 12. § 3. — (4) « Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege Duodecim Tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a prætore constituuntur. » ULP. *Reg.* 12. § 1

capable de se gouverner, il en résultait que les hommes *sui juris*, dès qu'ils avaient atteint quatorze ans, se trouvaient placés à la tête de leurs affaires; de même, dès l'âge de douze ans, pour les femmes *sui juris*, lorsque leur tutelle perpétuelle eut cessé d'être sérieuse, puis fut tombée en désuétude. Les secours juridiques apportés aux intérêts des jeunes gens dans cette situation ont suivi la progression que voici :

1° Les premières mesures, à notre connaissance, sont prises par un plébiscite nommé *lex Lætoria*, ou *Lectoria* dans les manuscrits, mais véritablement, d'après son inscription sur les Tables d'Héraclée (tom. I, *Hist.*, n° 312), *lex* PLÆTORIA. Ce plébiscite a introduit dans la considération de l'âge un nouveau terme, celui de vingt-cinq ans; aussi les acteurs de Plaute le nomment-ils *lex quina-vicennaria*. Ils en parlent comme d'une loi récente : ce qui autorise, Plaute est mort en 570, à placer la date de cette loi durant la seconde guerre punique (de 536 à 558). Trois genres de dispositions différentes paraissent sortir de cette loi : — Ce que nous en savons de plus certain et de principal, c'est par Cicéron : nous apprenons de lui qu'elle avait procédé par une peine contre ceux qui abuseraient de la jeunesse d'un mineur de vingt-cinq ans pour le circonvenir : « *Et circumscriptio adolescentium, ex lege Plætoria* » (*De offic.*, III, 15); qu'à cet effet elle avait créé contre eux, quoiqu'il ne s'agît que d'affaire privée, une accusation populaire, c'est-à-dire ouverte à tous, afin que la faiblesse ou la connivence du mineur n'amenât pas l'impunité : « *Inde judicium publicum rei privatæ, lege Plætoria* » (*De nat. deor.*, III, 30). Mais quelle était la peine? Cela n'est pas dit. On peut conjecturer, d'après les usages romains en situations analogues, qu'elle était pécuniaire, du double sans doute, et que la condamnation emportait infamie, d'où l'incapacité, comme nous le voyons par les Tables d'Héraclée (Fragm. 11), de faire partie de l'ordre municipal d'une ville. C'était un frein pour les usuriers ou gens exploitant les adolescents. Le jeune amoureux de Plaute (*Pseud.*, act. 1, sc. 3, v. 68), lorsque son marchand d'esclaves est sourd jusqu'au comptant, s'écrie que la loi des vingt-cinq ans le tue : « *Perii!... lex me perdit quina-vicennaria* »; chacun craint de lui donner crédit : « *Metuunt credere omnes!* » (V. aussi le *Rudens*, act. 5, sc. 3, v. 24). — Un passage de Capitolin, rapporté ci-après, parle en outre de curateurs qui pouvaient être donnés aux mineurs de vingt-cinq ans *ex lege Plætoria*, seulement dans certaines circonstances, pour certains motifs : mais lesquels? Ce point est des plus obscurs. Nous allons en proposer bientôt l'explication. — Enfin, de cette loi paraît sortir, à l'époque du système formulaire, une exception spéciale, *pro minore vigintiquinque annis circumscripto*, dont on trouve la trace dans un fragment de Paul au Digeste (44, 1, *De except.*, 7, § 1).

2° La seconde mesure vient du Préteur. Ce magistrat va beau-

coup plus loin : il crée, à la suite de la loi *Plætoria*, un remède plus efficace, la *restitutio in integrum*, qu'il se réserve d'accorder, après examen, aux mineurs de vingt-cinq ans qui auraient été lésés, et par laquelle il les rétablit dans leurs droits.

3° Après un long temps, arrive la constitution de Marc-Aurèle, que Capitolin, dans la vie de ce prince (§ 10), nous fait connaître en ces termes : « *De curatoribus vero, quum ante non nisi ex lege Lectoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis* (1). » La seule minorité de vingt-cinq ans, sans avoir à invoquer d'autres motifs (*non redditis causis*), suffit pour faire donner un curateur. « *Et ideo hodie*, dit Ulpien (Dig., 4, 4, *De minor.*, 1, § 3), *in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur* » ; et ailleurs (*Regul.* XII, 4) : « *Præterea dat curatorem ei etiam qui nuper puber factus, idonee negotia sua tueri non potest.* » Reste à concilier cette règle, qui semble ici générale, avec cette autre : que les mineurs ne reçoivent pas de curateurs malgré eux. C'est un point difficultueux encore

4° Enfin la dernière mesure de protection, celle-là pour les impubères comme pour les mineurs de vingt-cinq ans, fut celle du sénatus-consulte qui, sur la proposition de Septime Sévère, interdit, à peine de nullité, la vente de leurs immeubles ruraux ou suburbains, même par les tuteurs ou curateurs, sans un décret de l'autorité. Ulpien, après en avoir énoncé le principe : « Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores, *prædia rustica vel suburbana* distrahere », donne le texte de ce sénatus-consulte (2) : les immeubles urbains n'y sont pas compris.

A l'époque de Justinien, la loi Plætoria est, depuis longtemps, tombée en désuétude ; mais la limite de vingt-cinq ans posée par elle, ainsi que les règles établies par les préteurs et par les empereurs relativement à cet âge de minorité, subsistent : il nous reste à les expliquer suivant l'ordre des Instituts (3).

Comme il se présentait des cas où, même pendant la tutelle, on avait besoin d'adjoindre un curateur au tuteur, nous marquerons trois périodes pour cette nomination : 1° pendant la tutelle, pour les impubères ; 2° depuis la puberté jusqu'à vingt-cinq ans, pour les adultes ; 3° même au delà de vingt-cinq ans, pour les fu-

(1) Nous proposons sur ce point obscur l'interprétation suivante : « Les mineurs auparavant ne recevaient de curateurs qu'en vertu de la loi Plætoria (lorsque d'une accusation intentée d'après cette loi résultait la preuve qu'ils se laissaient facilement circonvenir?) ; ou bien pour une des deux causes communes, savoir : *propter lasciviam*, pour prodigalité ; ou *propter dementiam*, pour absence de la raison, appréciées pour eux plus facilement. — (2) Dig., 27, 9, *De rebus...*, etc., *sine decreto non alienandis*. — Cod., 5, 71, *De prædiis minor.*, etc. — (3) Savigny a donné sur ce sujet une dissertation spéciale, lue par lui, en 1831 et 1833, à l'Académie des sciences de Berlin.

rieux, insensés ou prodigues. — Il importe de distinguer aussi les curateurs spéciaux, donnés pour une affaire déterminée seulement, et les curateurs donnés généralement pour l'ensemble des affaires. — Notez que la curatelle des mineurs ne fait pas brèche à ce principe, exposé par nous ci-dessus (n° 179), qu'en droit romain les tutelles étaient réservées pour les cas d'incapacité commune, et les curatelles pour ceux d'incapacité particulière, individuelle. C'était, en effet, dans cette dernière catégorie qu'était rangé le cas des mineurs de vingt-cinq ans, puisque la règle générale était qu'une fois pubères ils étaient capables, et puisqu'en conséquence les curateurs ne leur étaient donnés que comme particularité, sur leur demande ou pour des causes spéciales.

Masculi *puberes et feminæ* viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.

Les hommes et les femmes, *depuis leur puberté ou nubilité* jusqu'à vingt-cinq ans révolus, reçoivent des curateurs, parce que, bien que pubères, ils sont cependant encore dans un âge à ne pouvoir défendre leurs intérêts.

266. *Puberes et feminæ*, dit le texte; en effet, dès l'instant que la tutelle perpétuelle des femmes cessa, elles eurent besoin, encore plus que les hommes, si elles étaient mineures de vingt-cinq ans, qu'on leur nommât des curateurs. Cela avait lieu même lorsque leur tutelle perpétuelle existait encore, mais devenue peu sérieuse : le tuteur était réservé alors pour ces actes du droit civil romain dans lesquels son *auctoritas* était indispensable, comme une promesse sur stipulation, une *mancipatio*, une *in jure cessio;* et le curateur gérait les affaires ou donnait ses conseils, son consentement. C'est ce que veut exprimer Ulpien lorsqu'il dit (*Regul.*, XI, 25) : « Pupillorum, pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt. »

1. Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus quibus et tutores. Sed curator testamento non datur : sed datus, confirmatur decreto prætoris vel præsidis.

1. Les curateurs sont donnés par les mêmes magistrats que le tuteur. Ils ne peuvent l'être par testament; toutefois celui qui est ainsi donné est confirmé par décret du préteur ou du président.

267. La loi des Douze Tables n'avait désigné que pour les furieux et les prodigues des curateurs *légitimes;* tous les autres étaient *honoraires*, nommés par les magistrats d'après les règles exposées n°s 227 et suivants; aucun *testamentaire*, par la raison que s'agissant là de frapper, pour causes individuelles, des personnes généralement capables d'après le droit civil, il devait être réservé au Magistrat d'en connaître; la disposition du testateur pour avoir effet a besoin d'un décret qui la confirme.

II. Item, inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem;

2. Les adolescents ne reçoivent point de curateur contre leur gré, si ce n'est

curator enim et ad certam causam dari potest. | **pour un procès; car le curateur peut être donné même pour une affaire spéciale.**

268. Papinien s'exprimait ainsi : « Minoribus annorum *desiderantibus* curatores dari solent (1). » Le curateur devait être demandé par l'adulte lui-même, ou par un procureur agissant pour lui; ainsi la mère, le patron, l'affranchi, les parents, ne pouvaient pas le demander (2), mais ils pouvaient avertir l'adulte de le faire. Les constitutions en imposaient même l'obligation au tuteur, qui eût été responsable si, à la fin de la tutelle, il avait négligé de donner cet avertissement (*si non admonuerit, ut sibi curatores peteret*) (3). Du reste, lorsque l'adolescent, sur sa demande, avait reçu un curateur, il devait rester sous sa surveillance jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. — Les adultes pouvaient recevoir des curateurs contre leur gré dans trois cas : 1° pour recevoir les comptes de leurs tuteurs (4); 2° pour un procès : c'est l'exception indiquée par notre texte; 3° pour recevoir un payement (5). Dans ces trois circonstances, le tuteur, l'adversaire ou le débiteur avaient le droit, pour leur plus grande sûreté, d'exiger qu'un curateur fût donné à l'adulte, afin qu'on ne pût les attaquer par la suite comme ayant profité de l'inexpérience de ce dernier pour le tromper. Ils ne pouvaient demander le curateur eux-mêmes, mais ils pouvaient refuser de satisfaire l'adulte jusqu'à ce qu'il eût fait la demande (6) ; et même une constitution de l'empereur Gordien permet au tuteur, en cas de refus du pupille, de demander lui-même (7). Mais ces curateurs n'avaient de mission que pour l'affaire spéciale pour laquelle ils étaient nommés : cette affaire terminée, leurs fonctions cessaient (8).

269. En somme, la conciliation entre certains textes qui parlent de la nomination de curateurs aux mineurs comme d'une mesure générale et ceux qui les subordonnent à une demande du mineur se fera en disant : que ces textes généraux ne doivent pas être pris à la lettre; que, capable, en principe, dès la puberté, les mineurs de vingt-cinq ans n'étaient pas considérés, en fait, comme pouvant toujours bien administrer leurs affaires; que, s'ils avaient demandé des curateurs, ils restaient sous leur curatelle jusqu'à vingt-cinq ans; que, s'ils n'en avaient pas demandé, ils pouvaient, dans certaines circonstances nombreuses, en recevoir contre leur gré. Ajoutez la *restitutio in integrum* qui pouvait leur être accordée par le préteur en cas de lésion, faveur réparant le préjudice, mais au détriment de leur crédit; enfin la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer sans un décret leurs immeubles ruraux ou suburbains. Pour être relevés de toutes ces

(1) D. 26. 5. 13. § 2. — (2) D. 26. 6. 2. § 5. f. Modest. — « An autem alius petere curatorem possit minori, quæsitum est : et Ulpianus egregius ita scribit, non licere alium ei petere, sed ipsum sibi. » *Ib.* § 5. — (3) D. 26. 7. 5, § 5. f. Ulp. — (4) C. 5. 31. 7. — (5) D. 4. 4. 7. § 2. f. Ulp. — (6) *Ibid.* — (7) C. 5. 31. 7. — (8) D. 4. 4. — C. 2. 22.

conséquences, les adultes devaient obtenir une dispense d'âge (*ætatis venia*), qui ne pouvait être accordée que par l'empereur (1) à ceux qui justifiaient d'une bonne conduite et qui étaient parvenus à l'âge de vingt ans pour les hommes, de dix-huit pour les femmes. Après cette dispense, les adultes, s'ils étaient en curatelle, en étaient libérés et pouvaient agir dans leurs affaires comme des majeurs de vingt-cinq ans, sauf toutefois qu'ils ne pouvaient pas, sans décret, aliéner ou hypothéquer leurs immeubles (2). (App. 7, liv. 1.)

Quant à la maxime que les curateurs peuvent être donnés pour une affaire spéciale, nous y reviendrons bientôt.

III. Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum, ex lege Duodecim Tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi vel prætor et in provinciis præsides, ex inquisitione eis curatores dare.

3. Les furieux et les prodigues, bien que majeurs de vingt-cinq ans, sont placés par la loi des Douze Tables sous la curatelle de leurs agnats. Mais ordinairement, à Rome le préfet de la ville ou les préteurs, et dans les provinces les présidents, leur nomment des curateurs sur enquête.

270. Ce n'est pas que la curatelle légitime des agnats soit abolie; la paraphrase de Théophile dit que les magistrats donnent des curateurs aux furieux et aux prodigues, quand il n'y a pas d'agnat, ou quand le plus proche agnat est inhabile à l'administration. Il faut ajouter que comme les mots *prodigue* et *furieux* n'étaient pris, dans la loi des Douze Tables, que dans un sens très-restreint, que les préteurs avaient été obligés d'étendre (n° 264), et comme, dans tous les cas compris dans cette extension, ils nommaient eux-mêmes le curateur, la plupart du temps c'était par les magistrats qu'étaient donnés les curateurs aux furieux et surtout aux prodigues.

IV. Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

4. Les insensés, les sourds, les muets, ceux que travaille une maladie perpétuelle, ne peuvent présider à leurs affaires, il leur faut donc des curateurs.

271. Les curateurs étaient nommés à toutes ces personnes par les magistrats, car la loi des Douze Tables n'en avait rien dit. — Les furieux et les fous peuvent avoir des intervalles lucides. Les jurisconsultes romains discutaient entre eux si, à chaque moment d'intervalle, la curatelle cessait, sauf à recommencer quand la fureur ou la folie revenait. Justinien décide que la curatelle ne doit pas ainsi s'éteindre et renaître à chaque intervalle, qu'elle continue toujours; mais que cependant le furieux et le fou, dans les moments lucides, peuvent faire seuls tous les actes, et qu'ils n'ont besoin de l'appui du curateur que pendant leur état de fureur ou de folie (3).

---

(1) D. 4. 4. 3. princ. f. Ulp. — (2) C. 2. 45. *De his qui veniam ætatis impetraverunt.* — (3) C. 5. 70. 6.

V. Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, utputa si legitimus tutor non sit idoneus, quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item, si testamento datus tutor, vel a prætore vel a præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in loco tutorum qui non in perpetuum, sed ad tempus, a tutela excusantur, solent curatores dari.

5. Quelquefois on donne aux pupilles eux-mêmes des curateurs; par exemple : si le tuteur légitime est inhabile, car on ne peut donner un second tuteur à celui qui déjà en a un. De même si un tuteur nommé par testament, par le préteur ou par le président, n'est pas propre à l'administration des affaires, quoiqu'il n'y apporte aucune fraude, on lui adjoint ordinairement un curateur; et pareillement les tuteurs qui s'excusent, non à perpétuité, mais pour un temps, sont remplacés par des curateurs.

Il s'agit ici des curateurs nommés pendant la tutelle, ce qui termine l'indication des cas dans lesquels ils sont donnés.

VI. Quod si tutor, adversa valetudine, vel alia necessitate, impediatur quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit; quem velit actorem, periculo ipsius tutoris, prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

6. Mais si par le mauvais état de sa santé, ou par toute autre force majeure, le tuteur est mis dans l'impossibilité d'administrer les affaires du pupille, qui lui-même est absent ou enfant, le préteur ou le président de la province choisira et constituera, par un décret, un agent, aux risques du tuteur lui-même.

272. Il ne faut pas confondre cet agent (*actor*) avec un curateur. Il ne s'agit ici que d'un procureur, agissant dans l'intérêt du pupille et aux risques du tuteur. La nomination de cet agent est, d'après notre texte, faite par décret du préteur, seulement dans le cas où le pupille est absent ou enfant; en effet, s'il est sur les lieux, et au-dessus de l'enfance, dit Théophile, il peut lui-même constituer un procureur avec l'autorisation du tuteur (1).

Administration et fin de la curatelle.

273. Les expressions mêmes de *tutor* et de *curator* nous indiquent une différence dans les fonctions du tuteur et du curateur : l'un est chargé de défendre (*tueri*), l'autre de surveiller (*curare*). Mais si des mots nous passons aux choses, cette différence se développera davantage. L'impubère *infans* ne peut figurer dans aucun acte; au-dessus de l'enfance, il le peut, si la personne qu'exige le droit civil pour l'acte, et qui ne se trouve pas entièrement en lui, est complétée. Les adultes, au contraire, ont une personne civile complète; en règle générale, ils peuvent disposer de leurs biens et s'obliger (2); consentir une adrogation, un mariage (3), etc.; à moins que la fureur ou la folie ne leur aient enlevé l'usage de leur raison, et encore, dans cet état, peuvent-ils avoir des intervalles lucides. Il suit de là que le protecteur donné aux impubères

(1) D. 26. 7. 24. f. Paul. — (2) D. 45. 1. 101. — (3) D. 23. 2. 20. f. Paul. — C. 5. 4 8.

doit être chargé ou de gérer leurs affaires durant leur enfance, ou de compléter leur personne imparfaite, lorsqu'ils peuvent agir et parler; c'est ce que fait le tuteur en interposant son *auctoritas*. Au contraire, le surveillant donné aux adultes n'est jamais chargé de s'adjoindre à leur personne, qui est complète : il doit seulement veiller à leurs intérêts dans les actes qu'ils font, et donner son assentiment (*consensus*); ou bien, comme une sorte de procureur, gérer leurs affaires, quand ils sont totalement empêchés d'agir (1). Voilà d'où vient cette maxime que le curateur, à la différence du tuteur, est donné aux biens ou à la chose. Voilà aussi d'où vient qu'on peut donner un curateur pour une affaire spéciale. Ces règles n'empêchent pas d'ailleurs que le tuteur, tout en s'adjoignant à la personne de l'impubère, ne s'occupe de ses biens; et que de même, le curateur, sans jamais avoir à s'adjoindre à la personne de l'adulte, sans même être nécessaire lorsqu'il s'agit de son mariage, ne veille cependant à son éducation et à son entretien (2), au bien-être et à la guérison de l'infirme ou du fou qui lui est confié (3).

En somme le curateur ou donne son consentement aux actes de l'adulte, ou gère les affaires pour lui quand les circonstances rendent cette gestion indispensable, mais jamais il ne s'adjoint à sa personne pour la compléter.

274. La curatelle donnée au pupille pendant la tutelle finit à la puberté (4), celle des adultes finit à vingt-cinq ans, ou lorsqu'ils obtiennent la dispense d'âge (*venia ætatis*) (5); celle des furieux, des fous, des sourds et muets, etc., quand ils sont guéris (6); celle des prodigues, lorsque, ayant changé de mœurs, ils ont été relevés de l'interdiction; celle donnée pour une affaire spéciale, quand l'affaire est terminée.

TITULUS XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum qui quæve in curatione sunt, negotia curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curat prætor ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore approbata est. Item, ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

TITRE XXIV.

DE LA SATISDATION DES TUTEURS OU CURATEURS.

Pour empêcher le patrimoine des pupilles ou des personnes soumises à la curatelle d'être consumé ou diminué par les tuteurs ou curateurs, le préteur veille à ce que ces derniers fournissent à ce sujet satisdation. Toutefois, cette règle n'est pas sans exception, car on ne force à satisdonner ni les tuteurs donnés par testament, parce que leur fidélité et leur zèle sont reconnus par le testateur même, ni les tuteurs donnés sur enquête, parce qu'on les a choisis offrant toute sûreté.

(1) D. 26. 2. 14. f. Marci. — (2) D. 27. 2. 3. pr. § 5. — C. 5. 50. 2. — (3) D. 27. 10. 7. princ. — (4) D. 26. 5. 25. f. Paul. — (5) D. 4. 4. 8. p. — C. 2. 45. — (6) D. 27. 10. 1. princ. f. Ulp.

275. Nous avons déjà dit (n° 228) que les tuteurs, avant de commencer leurs fonctions, doivent donner aux pupilles des sûretés pour la bonne administration de leurs affaires (*cavere rem pupilli salvam fore*). Il en est de même des curateurs; cette obligation leur est commune, et ce que nous allons dire s'applique aux uns et aux autres. Il est plusieurs moyens de donner à quelqu'un des sûretés; une promesse solennelle, un serment, des gages, une hypothèque, des répondants, sont autant de garanties plus ou moins assurées. Le mot *cavere* est énergique, il s'applique à tous les actes que l'on fait pour précautionner quelqu'un (*ut quis cautior sit et securior*). Quelle était la sûreté que les tuteurs ou curateurs devaient au pupille? Celle que les Romains nommaient *satisdatio*, mot que nous traduirons littéralement par *satisdation*. Cet acte consistait à précautionner quelqu'un en lui donnant des fidéjusseurs (*cavere ut aliquem securum faciamus datis fidejussoribus*) (1). Donner des fidéjusseurs, c'était présenter une ou plusieurs personnes qui s'engageaient, par les formes solennelles de la stipulation, à répondre de votre obligation (2). Ainsi le tuteur ou le curateur commençait par s'obliger lui-même par stipulation; on l'interrogeait, par exemple, en ces termes : *Promittisne rem pupilli salvam fore?* Il répondait : *Promitto*. Et alors, présentant celui ou ceux qui devaient être fidéjusseurs, on les interrogeait à leur tour : *Fidejubesne rem pupilli salvam fore?* Ils répondaient : *Fidejubeo*, et ils étaient engagés comme garants. Par qui les interrogations, ou, selon le terme technique, les *stipulations* devaient-elles être faites? Par le pupille ou adulte, s'il était présent et sachant parler, car l'action de stipulation était acquise à celui qui interrogeait. Si le pupille ne pouvait parler, ou bien s'il était absent, un de ses esclaves devait interroger, parce que les esclaves acquièrent à leur maître. S'il n'avait pas d'esclave, on devait lui en acheter un, ou bien faire faire la stipulation par un esclave public, ou par une personne désignée par le préteur. Dans ces deux derniers cas, bien que rigoureusement l'action de stipulation n'eût pas dû appartenir au pupille ou adulte, cependant on la lui donnait (3). Cette stipulation n'était pas *conventionnelle*, parce qu'elle n'avait pas lieu par la seule volonté des parties, puisque les tuteurs ou curateurs y étaient forcés par les magistrats; elle était à la fois et *prétorienne*, parce qu'elle était généralement faite sur l'ordre des préteurs, et *judiciaire*, parce qu'il arrivait quelquefois que le juge d'un procès l'ordonnait : aussi verrons-nous plus loin qu'elle se rangeait dans la classe des stipulations *communes* (4).

276. Ces observations faites, il faut examiner, avec le texte, quels étaient les tuteurs forcés ou dispensés de satisdonner. Il en résulte que les tuteurs ou curateurs légitimes, et ceux donnés par

(1) D. 2. 8. 1. f. Gaius. — (2) Inst. 3. 20. — (3) D. 46. 6. fr. 2. 3. 4 et 6. — (4) Inst. 3. 18.

les magistrats inférieurs des cités, étaient seuls contraints à la satisdation. Il n'y avait pas d'exception de plein droit pour le patron; mais il pouvait, en connaissance de cause, être dispensé par le préteur; et même un fragment au Digeste nous dit que ce n'était pas facilement qu'on l'obligeait à satisdonner (1). Il faut en dire autant du père, bien que les textes cités ne parlent que du patron. Et même on pourrait soutenir avec plus de raison que puisque le choix que faisait le père d'un tuteur testamentaire suffisait pour dispenser ce dernier de satisdonner, à plus forte raison le père lui-même devait en être dispensé. — Le tuteur ou curateur donné par testament était dispensé de la satisdation, même dans le cas où sa dation avait besoin d'être confirmée, pourvu qu'elle eût été faite par l'ascendant (2).

1. Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori suo vel concuratori præferri, ut solus administret; vel ut contutor satis offerens præponatur ei, ut et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, *sed offerre debet*, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet. Quod si non fuerit scriptum, quem major pars elegerit ipse gerere debet, ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint, circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.

1. Mais si, par testament ou sur enquête, deux tuteurs ou plus ont été donnés, l'un peut offrir caution pour la sûreté du pupille ou de l'adolescent, afin ou d'être préféré à son cotuteur ou cocurateur et d'administrer seul, ou de contraindre ce cotuteur ou cocurateur à offrir satisdation s'il veut être préféré et prendre seul l'administration. Ainsi, par lui-même, il ne peut exiger satisdation de son cotuteur ou cocurateur; *mais il doit la lui offrir*, afin de lui donner le choix ou de la recevoir ou de la fournir lui-même. Lorsque aucun d'eux n'offre satisdation, si l'un a été désigné par le testateur pour gérer, il gérera; si nul n'a été désigné, celui que la majeure partie aura choisi prendra la gestion, comme y a pourvu l'édit du préteur. Mais si les tuteurs eux-mêmes sont en désaccord dans le choix de celui ou de ceux qui doivent gérer, le préteur doit interposer sa volonté. Ceci doit s'appliquer au cas où plusieurs ont été donnés sur enquête, c'est-à-dire que la majeure partie pourra choisir l'administrateur.

277. *Sed offerre debet*. Nous avons déjà développé les dispositions de ce paragraphe (n° 232). Il faut remarquer que lorsqu'il y a plusieurs tuteurs, il est de leur propre intérêt que celui qui administre fournisse satisdation, parce qu'ils sont tous responsables de la gestion. Il faut remarquer encore que celui qui offre satisdation le premier donne aux autres, par cela seul, le choix ou de l'accepter ou de satisdonner eux-mêmes. — Outre cette garantie, Constantin accorde aux impubères et aux adultes (3) une hypothèque sur tous les biens des tuteurs ou curateurs.

(1) D. 26. 4. 5. § 1. f. Ulp. — *Ib*. 5. 13. § 1. f. Papin. — (2) D. 26. 3. 3. f. Juli. — C. 5. 70. 7. § 5. — (3) C. 5. 37. 20.

II. Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis, vel adultis, ceterisque personis, ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt *subsidiariam actionem* esse, quæ ultimum eis præsidium possit adferre. Subsidiaria autem actio in eos datur qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri : quæ quidem, tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus, *etiam in heredes* eorum extenditur.

2. Sachez du reste que non-seulement les tuteurs ou curateurs sont tenus pour l'administration des biens envers les pupilles, adultes et autres; mais que ces derniers ont encore contre ceux qui reçoivent la satisdation *une action subsidiaire,* qui peut leur fournir un dernier secours. L'action subsidiaire se donne contre ceux qui ont ou négligé entièrement de forcer les tuteurs ou curateurs à satisdonner, ou souffert qu'ils donnassent une caution insuffisante. De plus, cette action, d'après les réponses des prudents aussi bien que d'après les constitutions impériales, *s'étend aussi contre les héritiers.*

278. *Subsidiariam actionem.* Il s'agit dans ce paragraphe d'une action donnée aux pupilles ou à l'adulte, même contre les magistrats chargés de recevoir la satisdation. Nous trouvons sur cet objet un titre au Digeste et au Code sous la rubrique : *De magistratibus conveniendis* (1). Cette action était subsidiaire : on nomme ainsi celles qui présentent un dernier recours (*ultimum subsidium*), et qui ne sont données qu'à défaut de toute autre. Presque toutes les lois du Code, sous le titre que nous venons de citer, nous disent que le pupille ou l'adulte n'a de recours contre les magistrats que lorsque, après avoir discuté, fait vendre tous les biens du tuteur ou curateur et de leurs fidéjusseurs, il n'a pu être indemnisé en entier.

Etiam in heredes. Mais l'action était moins rigoureuse contre les héritiers que contre le magistrat lui-même. Les premiers n'étaient responsables que lorsque le magistrat avait mis dans ses fonctions une bien grande négligence (2).

III. Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur.

3. Dans ces constitutions il est même dit expressément que si les tuteurs et curateurs ne fournissent caution, on saisira des gages pour les y contraindre.

C'est-à-dire que le magistrat ordonnera la saisie d'une partie de leurs biens, que l'on gardera en nantissement.

IV. Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur, sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent.

4. Ni le préfet de la ville ou le préteur, ni le président de la province, ni tous autres magistrats revêtus du droit de donner les tuteurs, ne seront soumis à cette action, mais seulement ceux qui sont dans l'usage d'exiger satisdation.

279. Le préfet de la ville, le préteur, le président de la province, investis du droit de donner les tuteurs et les curateurs, devaient

(1) D. 27. 8. — C. 5. 75. — (2) D. 27. 8. *De magist. conv.* 6. f. Ulp. — C. 5. 75. *De magist. conv.* 2.

bien veiller à ce qu'on exigeât d'eux satisdation, dans les cas où elle était nécessaire; mais il paraît qu'il n'entrait dans leurs fonctions ni d'apprécier ni de recevoir cette satisdation. Un fragment d'Ulpien nous parle d'un président de province qui, après avoir donné lui-même le tuteur, charge les magistrats particuliers de la cité d'exiger satisdation (1). De même une constitution de Zénon, après avoir cité l'ordonnance d'un préteur qui donne un curateur, nous parle d'une sorte de greffier appelé *scriba*, chargé d'estimer la fortune de l'adulte et de recevoir la satisdation (2). Ces textes nous font comprendre parfaitement cette règle, que l'action subsidiaire ne se donne pas contre les magistrats investis du droit de donner les tuteurs, mais seulement contre ceux chargés d'exiger satisdation. Une seule explication encore est nécessaire : elle porte sur ces mots : *neque quis alius cui tutores dandi jus est*. Les magistrats municipaux, dira-t-on peut-être, ont le droit dans certains cas de donner des tuteurs, et pourtant, comme on vient de le dire, ils sont tenus de l'action subsidiaire : les expressions du texte ne sont donc pas exactes. C'est que ces expressions sont tirées d'Ulpien (3), qui les écrivait à une époque où les magistrats supérieurs possédaient seuls le droit de faire ces dations de tuteurs ou de curateurs; quant aux magistrats particuliers des cités, ils ne les faisaient que comme délégués du président, et sur son ordre. Ce n'est que Justinien qui leur a donné le droit de donner sans attendre aucun ordre. Du reste, s'ils sont tenus de l'action subsidiaire, ce n'est point parce qu'ils ont donné le tuteur ou le curateur, c'est parce qu'ils doivent, en outre, exiger satisdation. — Mais si les magistrats municipaux n'avaient point par eux-mêmes la dation des tuteurs ou curateurs (*jus dandi*), ils étaient souvent chargés de désigner au président de la province la personne apte à être donnée pour tuteur ou pour curateur : c'est-à-dire qu'ils avaient la proposition, ce que les Romains appelaient *nominare tutorem;* or, nous voyons au Code qu'ils étaient responsables de cette proposition, et que l'action subsidiaire serait donnée contre eux, en dernier lieu, s'ils avaient proposé quelqu'un qui ne fût pas suffisamment solvable (4).

TITULUS XXV.	TITRE XXV.
DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.	DES EXCUSES DES TUTEURS OU CURATEURS.

280. La tutelle et la curatelle étaient des charges publiques; non pas qu'elles eussent pour but l'intérêt public de l'État, mais en ce sens que chaque citoyen pouvait y être appelé, et devait les remplir. Pour certains motifs on pouvait être excusé. Les excuses sont, à proprement parler, des causes de dispense que l'on peut

(1) D. 27. 8. 1. § 2. f. Ulp. — (2) C. 5. 75. 6. — (3) D. 27. 8. 1. § 1. f. Ulp. — (4) Cod. 5. 75. *De magist. conven.* 4. const. Gordian.

faire valoir, auxquelles on peut aussi renoncer; de sorte que l'on est le maître d'accepter la tutelle ou la curatelle, ou de ne point la prendre en s'excusant. Elles diffèrent des exclusions; car celui qui est exclu ne peut être tuteur ni curateur, lors même qu'il le voudrait : cependant nous trouvons quelques textes dans lesquels le mot *excusari* est pris pour *être exclu;* mais ce n'est point là le sens ordinaire et propre du mot.

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis; plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim *tres liberos superstites Romæ* quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum, nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum, ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est an prosint? Et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur; hi enim qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Il est plusieurs motifs pour lesquels s'excusent les tuteurs et les curateurs; mais le plus souvent c'est pour le nombre des enfants qu'ils ont, soit en leur puissance, soit émancipés. En effet celui qui a *dans Rome trois enfants vivants,* dans l'Italie quatre, dans les provinces cinq, peut s'excuser de la tutelle ou curatelle, comme des autres charges : car la tutelle et la curatelle sont des charges publiques. Les enfants adoptifs ne comptent pas; donnés en adoption, ils comptent au père naturel. Les petits-enfants issus d'un fils comptent lorsqu'ils prennent la place de leur père; issus d'une fille, ils ne comptent pas. Ce sont seulement les enfants vivants qui servent à s'excuser de la tutelle ou curatelle, ceux qui sont morts ne servent point. Et s'ils ont péri à la guerre, a-t-on demandé, comptent-ils? Oui sans doute, mais seulement quand ils sont morts au combat; car ceux qui succombent pour la République vivent éternellement pour la gloire.

Tres liberos superstites Romæ. Cette excuse vient de la loi *Papia Poppæa,* dont nous avons déjà vu plus d'une disposition tendant à favoriser les mariages (tom. I, *Hist.,* n°° 353 et suiv.) (1). On peut remarquer la différence entre Rome, l'Italie et les provinces, différence qui est conservée dans les Instituts, bien qu'à cette époque Rome et l'Italie fussent encore au pouvoir des Ostrogoths.

1. Item divus Marcus *in Semestribus* rescripsit, eum qui res fisci administrat a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

1. De même, le divin Marc-Aurèle *dans ses Semestres* a répondu que celui qui administre le fisc peut s'excuser de la tutelle ou curatelle pendant tout le temps de son administration.

On sait par Suétone qu'Auguste et Tibère réunissaient pendant six mois des conseils particuliers, composés de sénateurs (*semestria consilia*), où ils discutaient certaines affaires (2). Notre texte des Instituts peut faire présumer que Marc-Aurèle avait suivi cet exemple. Il n'y avait plus de différence, sous Justinien, entre le

(1) La dispense doit-elle s'appliquer même aux enfants nés du concubinage? Append. II. — (2) SUET. *Aug.* 35.

trésor du prince (*fiscus*) et celui de l'État (*ærarium*) (tom. I, *Hist.* n° 340).

II. Item, qui Reipublicæ causa absunt, a tutela vel cura excusantur. Sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde Reipublicæ causa abesse cœperint, a tutela vel cura excusantur, quatenus Reipublicæ causa absunt : et interea curator loco eorum datur. Qui, si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ : nam *nec anni habent vacationem*, ut Papinianus libro quinto Responsorum scripsit; nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

2. De même, les absents pour la République sont excusés de la tutelle ou curatelle. Quant à ceux qui, nommés tuteurs ou curateurs, se sont absentés par la suite pour la République, ils sont excusés pendant tout le temps de leur absence; dans cet intervalle on met un curateur à leur place; mais, à leur retour, ils reprennent leur charge, car, comme l'a écrit Papinien au livre cinq de ses Réponses, *ils n'ont pas une année de dispense;* ce délai n'existe que pour les nouvelles tutelles auxquelles ils seraient appelés.

Nec anni habent vacationem. De retour d'une absence pour la République, on ne pouvait pendant une année être appelé malgré soi à une nouvelle tutelle ou curatelle; mais, quant à celles dont on était chargé avant son départ, on était forcé de les reprendre sur-le-champ : ainsi elles n'avaient été que suspendues pendant l'absence; aussi, dans l'intervalle, donnait-on un curateur.

III. Et qui potestatem habent aliquam, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed cœptam tutelam deserere non possunt.

3. Ceux qui sont investis de quelque pouvoir peuvent s'excuser, selon le rescrit du divin Marc-Aurèle; mais ils ne peuvent abandonner une tutelle commencée.

IV. Item, propter litem quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.

4. Pour un procès qu'il a contre le pupille ou l'adulte, le tuteur ou curateur ne peut s'excuser, à moins que la contestation ne s'étende à tous les biens ou à une hérédité.

Justinien, plus tard, dans la Novelle 72, c. 1, décida que lorsqu'on serait créancier ou débiteur du pupille ou adulte, on ne pourrait pas être admis à la tutelle ou curatelle.

V. Item, tria onera tutelæ non adfectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

5. Trois charges de tutelle ou de curatelle qu'on n'a point recherchées fournissent aussi une excuse tant qu'on les administre. En observant toutefois que la tutelle de plusieurs pupilles, ou la curatelle de plusieurs biens, lorsqu'il y a indivision, par exemple, celle de frère, ne comptent que pour une.

VI. Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam divi fratres quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

6. Pour pauvreté, une excuse est aussi accordée à celui qui peut justifier que la charge qu'on lui impose est au-dessus de ses forces. Les divins frères, et, en son particulier, le divin Marc-Aurèle, l'ont répondu.

Par divins frères on entend Marc-Aurèle-Antonin le Philosophe, et son frère par adoption, Lucius Verus (tom. I, *Hist.*, n° 393).

VII. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

7. De même, une santé débile, qui empêche de s'occuper de ses propres affaires, donne lieu à une excuse.

VIII. Similiter, eum qui litteras nescit, esse excusandum divus Pius rescripsit, quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

8. Pareillement, un rescrit d'Antonin le Pieux porte que ceux qui ne connaissent pas l'art d'écrire doivent être excusés; quoiqu'ils puissent quelquefois être capables d'administrer.

C'est donc aux magistrats à juger, d'après l'importance de la tutelle, si elle peut être gérée par quelqu'un qui ne sait ni lire ni écrire, et si, en conséquence, l'excuse doit être admise ou rejetée (1).

IX. Item, si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut, per contrarium, non excusantur qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.

9. Celui que le père aurait dans son testament donné pour tuteur par inimitié obtiendrait par cela seul une excuse; et, à l'inverse, on n'excuse point ceux qui avaient promis au père du pupille d'administrer la tutelle.

On suppose qu'un père, dans le but d'imposer à son ennemi une charge onéreuse, l'aurait dans son testament donné pour tuteur à ses enfants : on donne alors une excuse; mais il faut prouver que c'est par inimitié que la dation a été faite, et non comme un acte de réconciliation.

X. Non esse autem admittendam excusationem ejus qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.

10. On ne peut admettre l'excuse de celui qui se fonde seulement sur ce qu'il était inconnu au père du pupille. C'est ce qu'ont répondu les divins frères.

XI. Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare.

11. Les haines élevées entre une personne et le père des pupilles ou adultes, si elles étaient capitales et qu'il n'y ait pas eu réconciliation, excusent de la tutelle ou curatelle.

Par haines capitales, il faut entendre celles qui allaient jusqu'à vouloir priver de la vie, naturelle ou civile.

XII. Item, is qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.

12. Comme aussi on excuse celui qui a essuyé de la part du père du pupille une contestation d'état.

Par exemple, si on l'a attaqué, soutenant qu'il était esclave ou non citoyen.

XIII. Item, major septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur, nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione, cave-

13. Le majeur de soixante-dix ans peut s'excuser de la tutelle et de la curatelle. Les mineurs de vingt-cinq ans jadis étaient excusés; mais, d'après notre constitution, ils sont incapables d'aspirer à la tutelle ou curatelle, et, par là, il n'est plus besoin d'excuse. Cette consti-

(1) D. 27. 1. 6. § 19. f. Modest.

tur ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus : cum erat incivile, eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab illis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

tution pourvoit à ce que ni les pupilles, ni les adultes ne soient appelés à la tutelle légitime; car il est contraire à la raison que des personnes reconnues comme ayant besoin du secours d'autrui dans l'administration de leurs affaires, et placées elles-mêmes sous une direction étrangère, prennent la tutelle ou la curatelle des autres.

XIV. Item et in milite observandum est ut, nec volens, ad tutelæ onus admittatur.

14. Il faut pareillement observer pour les militaires qu'ils ne soient point admis, même volontairement, à gérer la tutelle.

C'est ici une incapacité plutôt qu'une excuse.

XV. Item, Romæ grammatici, rhetores et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem.

15. A Rome, les grammairiens, les rhéteurs et les médecins, de même ceux qui exercent ces professions dans leur patrie, et qui sont compris dans le nombre légal, sont dispensés de tutelle et de curatelle.

Il existait, nous dit Théophile, une constitution d'Antonin le Pieux qui fixait le nombre des grammairiens, rhéteurs, etc., que chaque cité devait avoir. Modestin nous fait même connaître les dispositions de cette constitution et les diverses limites qu'elle posait (1).

XVI. Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, *non appellant;* sed, *intra dies quinquaginta continuos,* ex quo cognoverint se tutores datos, excusare se debent, cujuscunque generis sint, id est, qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, et amplius triginta dierum : quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari, *ut ne minus sint quam quinquaginta dies.*

16. Celui qui veut s'excuser et qui a plusieurs excuses, lorsque quelques-unes ont été rejetées, est maître de faire valoir les autres dans les délais fixés. Pour s'excuser on n'*a point recours à l'appel;* mais de quelque classe que l'on soit, c'est-à-dire de quelque manière que l'on ait été nommé à la tutelle ou curatelle, on doit proposer ses excuses *dans les cinquante jours continus,* à partir du moment que l'on a connu sa nomination, si l'on est à moins de cent milles du lieu où l'on a été nommé. Si l'on demeure à plus de cent milles, on compte un jour par vingt milles, plus trente jours en sus : calcul néanmoins qui doit se faire, comme le disait Scævola, de telle sorte que *jamais il n'y ait moins de cinquante jours.*

281. *Non appellant.* Ce paragraphe fixe dans quelle forme on doit s'excuser et dans quel délai. En général, lorsqu'on était appelé à une fonction publique, et qu'on prétendait avoir une excuse, c'était par la voie de l'appel qu'on la faisait valoir : c'est-à-dire en s'adressant à un magistrat supérieur, pour faire réformer

(1) D. 27. 1. 6. §§ 2. 7 et 9. f. Modest.

la décision de celui qui vous avait nommé (1). Une constitution de Marc-Aurèle-Antonin ordonna qu'il en serait autrement pour les tutelles et les curatelles. C'est devant le magistrat formant le premier degré de juridiction que les tuteurs et les curateurs doivent se présenter et proposer leurs excuses; si ce premier magistrat les rejette, ce sera alors qu'ils pourront appeler de sa décision (2). Cette règle est commune à tous les tuteurs ou curateurs, légitimes, testamentaires, ou donnés par les magistrats; tous peuvent également s'excuser, à l'exception cependant des affranchis, auxquels la reconnaissance impose l'obligation de gérer la tutelle ou curatelle des enfants du patron, et qui ne peuvent invoquer des excuses pour s'en dispenser (3).

Intra quinquaginta dies continuos. Quand on calculait par *jours utiles,* on ne comptait que ceux où il était permis de se présenter en justice; par *jours continus,* on les comptait tous sans distinction. C'était cette dernière méthode qu'on devait suivre pour les tuteurs ou curateurs. Dans le délai fixé, il fallait non-seulement qu'ils se fussent présentés au juge (*ad judicem accedere*), mais encore qu'ils eussent spécifié leurs excuses (*remissionis causam nominare*) (4). S'ils en avaient plusieurs, ils n'étaient pas obligés de les spécifier toutes à la fois; mais, lorsque les premières avaient été rejetées, ils pouvaient proposer les autres, pourvu qu'ils fussent toujours dans le délai.

Ne minus sint quam quinquaginta dies. Il résulte du calcul indiqué par les Instituts que, si on le suivait sans modification, ceux qui sont à plus de cent milles auraient souvent un délai plus court que ceux qui sont moins éloignés. Par exemple, celui qui demeure à trois cents milles aurait un jour par vingt milles, c'est-à-dire quinze jours; plus trente jours en sus, en totalité quarante-cinq jours seulement. Voilà pourquoi les jurisconsultes ajoutaient que dans tous les cas il faut agir de manière que personne n'ait jamais moins de cinquante jours (5). D'après cela on peut aisément s'assurer, en faisant les calculs, qu'il ne commence à y avoir plus de cinquante jours que lorsque les tuteurs habitent à plus de quatre cents milles; en sorte que la règle eût été plus juste et plus simple si l'on avait dit : Le délai sera de cinquante jours pour ceux qui demeureront à quatre cents milles, ou moins; on ajoutera un jour pour chaque vingt milles en sus de cette distance.

Les tuteurs et les curateurs sont les maîtres, comme nous l'avons dit, d'user de leurs excuses ou d'y renoncer. Ils y renoncent tacitement lorsqu'ils laissent expirer les délais, ou même lorsqu'ils prennent l'administration sans faire aucune réserve (6), à moins

(1) D. 49. 4. 1. § 2. f. Ulp. — (2) *Ib.* § 1. — D. 27. 1. 13. p. f. Modest. — (3) C. 5. 62. 5. — (4) D. 27. 1. 13. § 8. — (5) D. 27. 1. 13. § 2. f. Modest. — (6) C. 5. 63. 2.

qu'il ne s'agisse d'une excuse survenue postérieurement et pouvant dispenser même d'une charge commencée, comme, par exemple, l'absence pour la République.

XVII. Datus autem tutor, ad universum patrimonium datus esse creditur.

17. La dation du tuteur est censée faite pour le patrimoine entier.

Par conséquent, ajoute Cujas, si les biens sont situés dans des provinces différentes, il n'en est pas moins chargé en totalité : d'où il suit que, s'il veut se décharger de l'administration des biens trop éloignés, il ne peut le faire qu'en proposant une excuse fondée sur l'éloignement, ce qui est conforme à un fragment du Digeste (1). Quelques commentateurs pensent que le texte des Instituts est incomplet, et que la suite développait ce que nous venons de dire. La paraphrase de Théophile n'en dit pas plus que les Instituts.

XVIII. Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur : in tantum ut, licet paterfamilias qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus et Antoninus rescripserunt.

18. Celui qui a géré la tutelle d'une personne n'est pas forcé d'en prendre la curatelle; tellement que, si un père de famille, en donnant un tuteur par testament, avait ajouté qu'il donnait la même personne pour curateur, on ne pourrait pas la contraindre à prendre la curatelle contre son gré, selon le rescrit des divins Sévère et Antonin.

C'est ici Septime-Sévère et Antonin Caracalla que l'on veut désigner (tom. I, *Hist.*, n° 373).

XIX. Iidem rescripserunt maritum uxori suæ curatorem datum, excusare se posse, licet se immisceat.

19. Les mêmes empereurs ont répondu que le mari donné pour curateur à sa femme peut s'excuser, bien qu'il se soit immiscé.

282. Non-seulement il peut s'excuser, mais il le doit, car il est incapable d'être curateur de sa femme, comme le disent formellement plus d'un texte du Digeste et du Code (2). « Maritus, etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen curator ei creari non potest (3). » Cette règle est la réciproque de celle déjà connue, que le curateur d'une femme ne peut l'épouser (n° 116). Le motif est le même : on craindrait que le mari n'abusât de sa position pour se dispenser de rendre des comptes. Si donc, par ignorance du droit ou par tout autre motif, des magistrats avaient nommé un mari à la curatelle de sa femme, celui-ci, dès qu'il l'apprendrait, devrait s'excuser sur-le-champ, afin d'éviter toute responsabilité à ce sujet (4). Il faut supposer que la femme a besoin d'un curateur, soit parce qu'elle est mineure de vingt-cinq ans, soit parce qu'elle est insensée, etc. (5). Il faut de plus supposer qu'elle a des biens à elle propres et non compris dans la dot (n° 119).

(1) D. 27. 1. 21. § 2. f. Marci.—(2) D. 27. 1. 1. § 5. f. Modest.—27. 10. 14. f. Papin. — (3) C. 5. 34. 2. — (4) C. 5. 62. 4. — (5) D. 27. 10. 14.

XX. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.

20. Si par de fausses allégations quelqu'un est parvenu à se faire dispenser de la tutelle, il n'est pas dégagé de ses obligations.

En conséquence, il est toujours responsable, par l'action de tutelle, de tous les préjudices que pourrait éprouver le pupille : il faut en dire autant pour la curatelle. C'est une exception faite, en faveur des pupilles ou adultes, à cette règle, que la chose jugée passe pour la vérité.

283. Il est encore plusieurs motifs d'excuse autres que ceux que nous venons de parcourir; mais la matière n'est pas assez importante pour les examiner tous : ils sont énumérés au Digeste et au Code (1).—On trouve dans les textes découverts par M. Maï au Vatican une longue série de paragraphes sur ce sujet, *De excusatione* (2). On y remarque des détails fort développés sur une institution qui nous était à peine indiquée par les *Sentences* de Paul (3). Il s'agit du droit qui, sauf certaines exceptions, était reconnu, en général, aux tuteurs donnés par les magistrats, lorsqu'ils n'avaient pas d'excuse à faire valoir, de signaler au magistrat, comme préférable pour tuteur, quelque autre personne qu'ils lui faisaient connaître par son nom (*tutorem potiorem nominare*), en énonçant les motifs qui la rendaient préférable (4). Cette institution, tombée en désuétude, n'apparait plus dans la législation de Justinien.

DES ACTIONS RELATIVES A LA TUTELLE OU A LA CURATELLE.

284. La tutelle pouvait donner lieu à plusieurs actions, savoir : l'action directe de tutelle, l'action pour les distractions faites dans les comptes, et l'action contraire de tutelle.—L'action directe de tutelle, qui se nommait *actio directa tutelæ,* ou *judicium tutelæ,* ou bien encore *arbitrium tutelæ,* était celle qu'on donnait au pupille contre le tuteur, pour lui faire rendre compte de son administration. Elle n'était ouverte que lorsque la tutelle était finie, soit pour le pupille lui-même, soit pour le tuteur seulement; elle était accordée au pupille ou à ses héritiers contre le tuteur ou contre ses héritiers. Le tuteur était responsable, par cette action, non-seulement des fraudes qu'il aurait commises, mais encore des fautes qu'il aurait faites, et même de sa négligence. Lorsqu'il était, par suite de cette action, convaincu de fraude, il était noté d'infamie (5).—L'action pour les distractions faites dans les comptes se nommait *actio de distrahendis rationibus*. Elle était donnée au pupille contre le tuteur, quand celui-ci avait commis quelque sous-

(1) D. 27. 1. et C. 5. 62. *De excusationibus*. — (2) VAT. J. R. FRAG. §§ 123 à 247. *De excusatione*. — (3) PAUL. 2. 28. *De potioribus nominandis*. — (4) VATIC. J. R. FRAG. §§ 157 à 166; 206 à 220, 242 et 246.—(5) D. 27. 3. f. 4. f. 1. pr. §§ 16 et 17. — Voy. aussi C. 5. 51. 2.

traction sur le patrimoine qu'on lui avait confié. Elle n'était ouverte qu'à la fin de la tutelle. Elle avait pour résultat de faire noter le tuteur d'infamie, et de le faire condamner à restituer le double de ce qu'il avait soustrait; elle ne passait point contre les héritiers du tuteur, parce qu'ils n'étaient pas les coupables. On ne pouvait pas exercer à la fois l'action directe de tutelle et l'action *de rationibus distrahendis* : intenter l'une, c'était renoncer à l'autre (1). — L'action contraire de tutelle (*actio contraria tutelæ*) était celle qui, à la fin de la tutelle, était donnée au tuteur contre le pupille, pour se faire indemniser de toutes les avances qu'il pouvait avoir faites et de toutes les obligations qu'il pouvait avoir contractées pour lui (2). Une remarque générale, et qui nous servira plus d'une fois par la suite, c'est que ces expressions : *action directe, action contraire,* prises par opposition l'une à l'autre, désignaient toujours, la première, une action en quelque sorte principale, découlant directement et essentiellement d'un contrat ou d'un fait; la seconde, une action en quelque sorte accessoire, survenue postérieurement, à cause de quelque circonstance particulière. Ainsi, dans notre exemple, par cela seul qu'il y a tutelle, il y a comme conséquence directe et essentielle action directe de tutelle; tandis que l'action contraire ne viendra qu'accessoirement, si le tuteur, par la suite, se trouve avoir fait quelque avance.

285. La curatelle donnait lieu à l'action utile de gestion d'affaires (*actio utilis negotiorum gestorum*), accordée à celui qui était en curatelle pour faire rendre compte au curateur. Il est à remarquer que rien n'empêchait d'intenter cette action, si les circonstances l'exigeaient, même pendant que la curatelle durait encore (3). De son côté, le curateur avait, pour se faire indemniser de ses avances, l'action contraire utile de gestion d'affaires (*actio contraria utilis negotiorum gestorum*). Remarquons encore ici que l'expression *action directe* se prenait aussi par opposition à *action utile;* qu'alors elle avait un autre sens que celui expliqué ci-dessus : elle désignait une action découlant directement du droit lui-même; tandis que par *action utile* on entendait une action que l'équité, l'utilité seule avait fait introduire par analogie d'une action existante dans le droit. Ainsi, dans notre exemple, l'action directe *negotiorum gestorum* est celle que le droit civil lui-même donnait pour faire rendre compte à celui qui, volontairement et à l'insu d'un propriétaire, s'était mis à gérer ses affaires. Le curateur n'était pas absolument dans cette position, puisque ce n'était point de son seul mouvement qu'il avait pris la gestion. On n'avait donc pas réellement contre lui l'action directe de gestion d'affaires; mais, par analogie et par utilité, on avait donné une action à peu près semblable, *actio utilis negotiorum gestorum.*

---

(1) D. 27. 3. fr. 1. §§ 19 et suiv. fr. 2. — (2) *Ib.* 4. § 3, et 16. § 1. — D. 26. 7. 26. — (3) D. 27. 4. 1. § 2. f. Ulp.

Le recours accordé par le préteur pour obtenir une restitution en entier (*restitutio in integrum*), à cause de l'âge, se rapporte aussi à la matière que nous examinons. Lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, agissant soit avec l'autorisation de son tuteur, soit avec le consentement de son curateur, soit par lui-même en âge de puberté, avait éprouvé un préjudice dans une affaire qui, selon le droit, était valable, il pouvait néanmoins recourir au préteur pour se faire par lui restituer en entier, c'est-à-dire replacer dans son premier état, comme si l'affaire n'avait pas eu lieu. C'était là ce qu'on nommait une *restitutio in integrum*. Le préteur, du reste, ne l'accordait qu'en connaissance de cause, et lorsqu'il reconnaissait qu'il y avait un préjudice assez considérable (1).

286. Étaient communes à la tutelle et à la curatelle l'action de stipulation (*actio ex stipulatu*) contre ceux qui s'étaient engagés comme répondants du tuteur ou du curateur, l'action subsidiaire contre les magistrats, et enfin l'accusation dirigée contre le tuteur ou le curateur pour le faire écarter comme suspect. Nous allons, avec le texte, parler plus en détail de cette accusation.

TITULUS XXVI. — TITRE XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS. — DES TUTEURS OU CURATEURS SUSPECTS.

287. L'accusation de suspicion, intentée contre un tuteur ou curateur, n'était pas une accusation criminelle proprement dite : elle n'avait pas pour objet de faire infliger à un coupable une punition publique; son but principal était un intérêt civil, celui de défendre la fortune du pupille, en écartant quelqu'un qui pourrait y malverser. Il est vrai qu'elle entraînait quelquefois l'infamie, mais cet effet lui était commun avec plusieurs actions civiles, telles que celles de tutelle, de dépôt. Il suit de là que cette accusation n'appartenait pas aux juridictions criminelles, mais seulement aux juridictions civiles. Il suit encore que, dès que la tutelle ou curatelle avait fini, l'accusation ne pouvait plus avoir lieu, puisqu'elle eût été sans objet. D'un autre côté, cette accusation diffère des actions civiles, et se rapproche des accusations criminelles, en ce sens qu'elle est ouverte à tout le monde, et qu'on y procède par voie de libelle accusatoire, et non par demande d'un juge.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege Duodecim Tabularum descendere.

Sachez que l'accusation de suspicion vient de la loi des Douze Tables.

1. Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum, et legato proconsulis.

1. Le droit d'écarter les tuteurs suspects appartient à Rome aux préteurs, dans les provinces aux présidents et au lieutenant du proconsul.

Ce droit leur appartient comme affaire civile, leur juridiction s'étendant aux causes de cette nature. Nous avons expliqué ce qu'était le lieutenant du proconsul (tom. I, *Hist.*, n° 229).

(1) D. 4. 4. et C. 2. 22. *De in integrum restitutione minorum.*

II. Ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere, nunc videamus qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt sive testamentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum : dummodo meminerimus famæ patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

2. Après avoir dit quels magistrats peuvent connaître de l'accusation de suspicion, voyons quels tuteurs peuvent être accusés; tous le peuvent, qu'ils soient testamentaires, ou qu'ils soient de toute autre classe, fût-ce même un tuteur légitime. Mais un patron? La même décision lui est applicable, pourvu qu'on se souvienne qu'il faut ménager sa réputation, même en l'écartant comme suspect.

Ni les enfants ni les affranchis ne pouvaient diriger contre leurs ascendants ou leur patron une action infamante (1). Les actions qui avaient ce caractère devaient en être dépouillées, et le fils ou l'affranchi devait agir seulement pour défendre ses intérêts. C'est ce qui aura lieu ici : l'ascendant ou le patron sera écarté sans être noté d'infamie, et même fort souvent, d'après Modestin, on se contentera de lui adjoindre un curateur (2).

III. Consequens est ut videamus qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, *quasi publicam* esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo et *mulieres admittuntur*, ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hæ solæ quæ, pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt, utputa mater; nutrix quoque, et avia possunt; potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientem, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum : admittet eam ad accusationem.

3. Après cela, voyons qui peut accuser les suspects; et l'on saura que cette accusation est *quasi publique*, c'est-à-dire ouverte à tout le monde. Bien plus, *on y admet les femmes*, d'après le rescrit des divins Sévère et Antonin, mais seulement celles qu'un sentiment irrésistible d'affection pousse à cette démarche, comme la mère; la nourrice aussi, l'aïeule, ainsi que la sœur; et même s'il est une autre femme en qui le préteur reconnaisse une vive affection, qui paraisse, sans sortir de la modestie de son sexe, mais conduite par cette affection, ne pouvoir supporter le préjudice fait aux pupilles, elle sera admise à cette accusation.

Quasi publicam. Nous avons dit, au commencement de ce titre, en quoi cette accusation différait de celles qui étaient réellement publiques, et en quoi elle leur ressemblait.

Mulieres admittuntur. En général les femmes ne pouvaient intenter d'accusation publique, si ce n'était quand elles voulaient poursuivre la punition d'un délit ou d'un crime commis contre elles ou contre quelqu'un des leurs (3).

IV. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.

4. Les impubères ne peuvent poursuivre leurs tuteurs comme suspects : les adultes peuvent, avec l'avis de leurs parents, poursuivre leurs curateurs. C'est ainsi que l'ont répondu les divins Sévère et Antonin.

---

(1) D. 37. 15. 5. f. Ulp. — (2) D. 26. 10. 9. — (3) D. 48. 2. 1. f. Pomp. 2. f. Pap. — C. 9. 1. 12.

V. Suspectus autem est qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit, et secundum eum constitutum est.

5. Est suspect celui qui gère infidèlement la tutelle, bien que solvable, comme l'a écrit aussi Julien. Et même, avant d'avoir commencé à gérer, un tuteur peut être écarté comme suspect; le même Julien l'a écrit, et, d'après lui, une constitution l'a décidé.

Ce serait sur sa réputation, s'il était connu pour un homme improbe ou de mauvaises mœurs, qu'on l'écarterait, même avant qu'il eût commencé l'administration.

VI. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque.

6. Le suspect écarté pour dol est noté d'infamie; pour faute, il ne l'est pas.

Chaque citoyen jouissait d'une considération qui lui était propre et qui dépendait de sa conduite, de son état, des honneurs dont il était revêtu; cette considération se nommait *existimatio*. Elle est définie au Digeste, *dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus* (1). L'existimation pouvait augmenter, diminuer ou même se perdre. Elle était perdue totalement pour ceux qui étaient privés de la liberté; elle était diminuée, par exemple, quand on était relégué, expulsé du sénat, rejeté dans un ordre inférieur, etc. Il existait même des actions qui, pour toute peine, emportaient l'infamie, c'est-à-dire une diminution très-étendue de l'existimation (2). Telles étaient l'action de tutelle, l'accusation de suspicion, quand le tuteur était convaincu de fraude. — La personne notée d'infamie était frappée de plusieurs incapacités.

VII. Si quis autem suspectus postulatur, quoad *cognitio* finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

7. Si quelqu'un est poursuivi comme suspect, l'administration lui est interdite, selon l'avis de Papinien, jusqu'à ce que la cause soit décidée.

VIII. Sed si suspecti *cognitio* suscepta fuerit, postea quam tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti *cognitio*.

8. Si, pendant l'*examen* de l'accusation contre le suspect, le tuteur ou le curateur décède, l'affaire est éteinte.

Même décision dans tous les cas où, pour une cause quelconque, la tutelle ou la curatelle finit. Nous en avons donné la raison : c'est que l'accusation n'avait d'autre but que d'écarter le suspect.

Cognitio : expression technique pour désigner l'examen devant le magistrat, la connaissance de l'affaire que prend le magistrat, lorsqu'il doit prononcer lui-même.

IX. Si quis tutor copiam sui non faciat *ut alimenta pupillo decernantur,* cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi

9. Si le tuteur ne paraît pas *pour faire allouer des aliments au pupille,* un rescrit des divins Sévère et Antonin ordonne que le pupille sera mis en possession de ses biens, et qu'après la nomination d'un curateur, les choses que

(1) D. 50. 13. 5. § 1. f. Callist. — (2) *Ib.* §§ 2 et 3. — Voir tout ce que nous avons dit à cet égard, tom. I. *Généralis. du droit romain,* n[os] 74 et suiv.

jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.

le retard détériorerait seront vendues. On pourra donc écarter comme suspect celui qui ne fournit pas des aliments.

288. *Ut alimenta pupillo decernantur*. La somme à dépenser annuellement pour l'entretien du pupille n'était pas laissée entièrement à l'arbitraire du tuteur. Le testateur pouvait la fixer dans son testament; s'il ne l'avait pas fait, il était d'usage que le préteur la déterminât. Ce magistrat devait avoir égard au rang, à la fortune, à l'âge du pupille; il ne devait pas permettre de dépenser tous les revenus : il était bon que l'on fît chaque année quelques économies. C'était au tuteur à faire faire cette estimation; et même, quand elle avait été faite, soit par le testateur, soit par le magistrat, s'il arrivait que, par des circonstances postérieures, la somme allouée devînt trop forte, le tuteur devait avertir pour qu'on la diminuât. S'il négligeait ces devoirs, il s'exposait à ce que, dans le compte de tutelle, on n'admît point toutes les dépenses qu'il porterait pour l'entretien du pupille. Néanmoins, si ces dépenses, quoique n'ayant pas été fixées, étaient modérées, elles devaient être admises (1). — Notre texte s'occupe du cas où le tuteur, au lieu de faire fixer la somme pour l'entretien, aurait disparu. Alors il faut distinguer : si son absence a été forcée et imprévue, on pourvoira, en attendant son retour, à l'entretien du pupille (2); mais si son absence provient de négligence ou de mauvaise foi, s'il se cache ou s'il s'est enfui, abandonnant ainsi les intérêts du pupille, on agira envers lui à peu près comme on agit contre un débiteur qui disparaît. De même que les créanciers sont alors envoyés en possession des biens de leur débiteur (3), qu'ils peuvent faire nommer un curateur à ces biens pour qu'ils soient vendus (4) : de même, le pupille sera envoyé en possession des biens du tuteur, et sur-le-champ un curateur étant donné à ces biens, on vendra les choses sujettes à se détériorer, afin de pourvoir aux aliments du pupille. Le tuteur, de plus, pourra être écarté comme suspect (5). — On peut remarquer les expressions : *copiam sui non faciat*, pour dire ne présente point sa personne; et *alimenta*, pour désigner non-seulement la nourriture du pupille, mais tout ce qui est nécessaire à son entretien.

X. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc *per mendacium dicat*, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit, sicut ille remittitur qui, data pecunia, ministerium tutelæ redemerit.

10. Mais lorsqu'il paraît et prétend qu'on ne peut, à cause de la pauvreté du pupille, lui allouer des aliments, si *cette assertion est mensongère*, il faudra le renvoyer devant le préfet de la ville pour y être puni, comme on y renvoie celui qui, à prix d'argent, a racheté les fonctions de tuteur.

Per mendacium dicat. On suppose ici que le tuteur ne disparaît

(1) D. 27. 2. 2 et 3. f. Ulp. — C. 5. 50. — (2) D. 27. 2. 6. f. Tryph. — (3) D. 42. 2. — (4) " 4. — (5) D. 27. 2. 6. — 26. 10. 3. § 14. f. Ulp.

point, mais qu'il cherche à frauder le pupille par des assertions mensongères. Un fragment du Digeste veut que, dans ce cas, on donne des avocats au pupille pour contester ce que dit le tuteur. — Quant à celui qui, à prix d'argent, rachète la tutelle, ce ne peut être qu'en gagnant les employés du préteur. Aussi Cujas rétablit le texte de cette manière : *Data pecunia ministeriis tutelam redemerit*. On lit au Digeste : *Qui tutelam, corruptis ministeriis prætoris, redemerit* (1).

XI. Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.

11. De même, l'affranchi, convaincu d'avoir géré frauduleusement la tutelle des fils ou petits-fils de son patron, est renvoyé au préfet de la ville pour être puni.

Dans tous ces cas, on renvoie au préfet de la ville, parce qu'il est le juge criminel.

XII. Novissime sciendum est eos qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiam si satis offerant, removendos esse a tutela, quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat.

12. Enfin sachez que ceux qui administrent frauduleusement, bien qu'ils offrent satisdation, doivent être écartés de la tutelle, parce que cette satisdation ne change pas leurs projets malveillants, mais leur fournit le moyen de dilapider plus longtemps la fortune du pupille.

La satisdation offre bien une garantie, mais elle n'est pas entièrement sûre; et d'ailleurs, il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réparer.

XIII. Suspectum enim eum putamus qui moribus talis est ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

13. Nous considérons aussi comme suspect celui que ses mœurs rendent tel; mais un tuteur ou un curateur, bien qu'il soit pauvre, s'il est néanmoins fidèle et zélé, ne doit pas être écarté comme suspect.

On ne doit pas garantir seulement la fortune, mais encore la moralité du pupille : ainsi l'on doit écarter le tuteur qui a de mauvaises mœurs, comme celui qui gère frauduleusement.

(1) D. 26. 10. 3. § 15. f. Ulp.

RÉSUMÉ DU LIVRE PREMIER.

(TITRE I A XXVI.)

Du droit et de la justice. — Droit naturel, droit des gens, droit civil.

Le droit, *jus* (dérivé de *jussum*, ordre), est, dans son acception primitive chez les Romains, ce qui est ordonné, ou l'ordre législatif, en d'autres termes, la loi (*præceptum commune*, une règle généralement prescrite). C'est là une acception toute matérielle, exacte si on l'applique uniquement au droit positif, au droit législativement établi et en vigueur.

A l'époque plus philosophique de la jurisprudence romaine, les jurisconsultes romains définissent le droit : « *quod semper æquum ac bonum est,* » ce qui est toujours bon et équitable; ou, en le considérant dans son ensemble : « *Ars boni et æqui,* » l'art de ce qui est bon et équitable. C'est une définition toute spiritualiste, au point de vue de la raison et non de la loi positive; mais définition trop vague, qui confond le droit avec la morale, et qui d'ailleurs ne fait que mettre un mot à la place d'un autre; on demandait ce que c'est que le droit, *jus;* on demandera ce que c'est que l'équitable, *æquum.*

Dans le progrès de la philosophie moderne, il faut reconnaître que le droit, au point de vue non pas de la loi positive, mais de la pure raison, est une idée abstraite, difficile à définir, parce que les abstractions ne se définissent pas rigoureusement. La notion la plus exacte qu'on puisse en donner selon nous, c'est de dire que le Droit est une conception de la raison humaine, déduite des rapports d'homme à homme dans lesquels l'un a la faculté d'exiger de l'autre une action ou une inaction.

Quoi qu'il en soit, c'est dans le sens des idées romaines que nous devons le prendre ici.

La justice est la volonté d'observer toujours le droit; la jurisprudence est la connaissance de ce droit. La première est définie : *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi;* la deuxième : *divinarum atque humanarum rerum notitia; justi atque injusti scientia.*

Les préceptes généraux du droit sont : *Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Le droit ne serait pas complet s'il lui manquait un seul de ces préceptes.

Le droit se divise d'abord en *droit des nations, droit public, droit privé.* — Le *droit des nations* est celui qui détermine les droits et les obligations réciproques des nations dans les rapports qu'elles ont entre elles. — Le *droit public,* celui qui détermine les droits et les obligations réciproques d'une nation et des membres qui la composent (*quod ad statum rei romanæ spectat*). — Le *droit privé,* celui qui détermine les droits et les obligations réciproques des particuliers dans les relations qu'ils ont entre eux (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

Le droit privé se décompose, quant à son origine, en *droit naturel, droit des gens, droit civil.* Dans ce sens, le droit naturel (*droit des êtres animés*) est celui que la nature seule inspire à tous les animaux (*quod natura omnia animalia docuit*). — Le droit des gens (*droit des hommes*) est cette partie du droit privé qui découle de la nature raisonnable et des relations communes des hommes, et qui est applicable aux étrangers

comme aux citoyens (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*). — Le droit civil (*droit des citoyens*) est cette partie du droit privé que le peuple n'a constituée que pour ses membres et qui n'est applicable qu'aux citoyens (*quod quisque populus ipse sibi constituit*). La plupart des jurisconsultes romains ne font cependant qu'une division bi-partite : en *droit des gens*, qui se confond alors avec le droit naturel proprement dit; et *droit civil*.

Le droit que les hommes ont institué eux-mêmes peut être changé; celui qui découle de la nature des choses est immuable.

Le droit privé, quant à la forme sous laquelle il est établi, se divise en droit écrit et droit non écrit. — Le droit écrit est celui qui est établi par la volonté expresse du législateur. Il se compose chez les Romains de lois ou populiscites, de plébiscites, sénatus-consultes, constitutions des princes, édits des magistrats, réponses des prudents. — Le droit introduit par les édits des magistrats se nomme *droit honoraire* ou *droit prétorien*, et alors le droit établi par le législateur se nomme par opposition *droit civil*. — Le droit non écrit est celui qui s'est introduit par l'usage et le consentement tacite du législateur.

Le droit privé, considéré quant aux objets dont il traite, s'occupe des personnes, des choses, des actions. — Telle est la classification des matières dans la méthode suivie dans les Instituts de Justinien, à l'imitation de ceux de Gaius.

DES PERSONNES.

Le mot personne (dérivé de *persona*, le masque que les acteurs portaient sur la scène dramatique) en droit a deux acceptions. — Dans une première, la plus large, il désigne : « Tout être considéré comme capable d'être le sujet actif ou passif des droits : c'est-à-dire d'avoir ou de devoir des droits. » — Dans une seconde, plus étroite, le mot personne désigne chaque rôle, chaque personnage que l'homme est appelé à jouer sur la scène juridique : c'est-à-dire chaque qualité en vertu de laquelle il a certains droits ou certaines obligations : la personne de père, de fils de famille, de mari, de tuteur, etc. En ce sens le même homme peut avoir à la fois plusieurs personnes.

Les personnes, en suivant l'ordre des Instituts, sont considérées et divisées sous trois rapports différents : 1° par rapport à la société générale ; 2° par rapport à la famille; 3° par rapport à leur capacité ou incapacité.

DIVISION DES PERSONNES PAR RAPPORT A LA SOCIÉTÉ GÉNÉRALE.

Sous ce premier rapport, il faut distinguer les hommes en libres et esclaves, étrangers et citoyens, affranchis et ingénus.

Quand il s'agit de juger l'état d'un enfant d'après celui des parents, il faut se rappeler ces deux règles générales : 1° en mariage légitime, l'enfant suit la condition du père; hors mariage légitime, celle de la mère; 2° la condition du père doit s'examiner au moment de la conception, celle de la mère au moment de la naissance. Ces deux règles souffrent cependant quelques exceptions.

Libres ou esclaves.

La liberté est définie : *Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur;* la servitude : *Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

L'homme libre a le droit de faire tout, excepté ce que la loi lui défend; l'esclave rien, excepté ce que la loi lui permet.

Les esclaves le sont par le droit des gens (*ex captivitate*); par naissance (*ex ancillis nostris*), c'est l'état de la mère qu'il faut considérer; par le droit civil, dans plusieurs cas où l'esclavage est une punition, comme lorsqu'un homme libre, majeur de vingt ans, s'est laissé vendre pour prendre part au prix; mais ni la convention ni la prescription ne peuvent rendre esclave.

Citoyens ou étrangers.

Le titre de citoyen, depuis Antonin Caracalla, appartenait à tous les sujets de l'empire, sauf certains affranchis. Sous Justinien il n'y a aucune exception; le titre de *peregrinus* n'existe plus dans le sens où on le prenait jadis, et ne peut être donné qu'aux peuples qui ne font point partie de l'État.

Ingénus ou affranchis.

L'ingénu est celui qui, depuis l'instant de sa naissance, a toujours été libre; l'affranchi celui qui a cessé d'être esclave (*qui desiit esse servus*). — On est ingénu lorsqu'on est issu d'une mère libre; il suffit qu'elle l'ait été au seul moment de la gestation : c'est une exception faite, en faveur de la liberté, aux règles ordinaires.

On peut être affranchi par des moyens publics : la vindicte, le testament, la manumission dans les églises; et par des moyens privés : entre amis, par lettre, par codicille, etc. Il n'y a sous Justinien aucune importance, quant aux effets, à être libéré par un mode plutôt que par l'autre.

Sous Auguste et sous Tibère, des lois avaient posé des bornes aux affranchissements : la loi *Ælia Sentia*, la loi *Furia Caninia*, la loi *Junia Norbana*.

La première contenait plusieurs dispositions que l'on peut classer ainsi : 1° elle défendait d'affranchir un esclave âgé de moins de trente ans, si ce n'était par la vindicte avec l'approbation du conseil; 2° elle créait une nouvelle classe d'affranchis, les déditices; Justinien l'abrogea sous ces deux rapports; 3° elle prohibait les affranchissements faits en fraude des créanciers : cette prohibition est maintenue; 4° elle défendait que le maître mineur de vingt ans pût affranchir autrement que par la vindicte et avec l'approbation d'un conseil : cette dernière disposition est conservée pour les affranchissements entre-vifs; mais, par testament, Justinien, dans les Instituts, permit d'affranchir à dix-sept ans révolus; et, dans une novelle, il le permit dès qu'on pouvait tester, c'est-à-dire à quatorze ans.

La loi *Furia Caninia* limitait le nombre d'esclaves qu'il était permis de libérer par testament; elle est abrogée par Justinien.

La loi *Junia Norbana* établissait une troisième classe d'affranchis, les Latins Juniens; elle est encore abrogée, toute différence étant supprimée entre les affranchis, sans avoir égard ni à leur âge, ni au mode de manumission, ni au genre de propriété de l'affranchissant. Ils sont citoyens; on leur accorde même dans une novelle le droit d'anneau d'or, celui de régénération; ils ne diffèrent des ingénus que par le droit de patronage.

Ces droits consistent en trois choses : 1° devoirs obséquieux (*obsequia*) que l'affranchi doit au patron, comme un fils à son père; 2° services (*operæ*) qu'il lui doit quand il les a promis comme condition de l'affranchissement; 3° droits de succession que le patron a sur les biens de l'affranchi.

On nomme *statu liberi* les esclaves affranchis dont la liberté est suspendue par un terme ou par une condition.

Il existait des actions destinées à soutenir qu'un homme était libre ou esclave, ingénu ou affranchi; elles devaient s'intenter devant des magistrats supérieurs; on leur donnait le nom d'*actions préjudicielles*, qui du reste s'appliquait à quelques autres actions.

DIVISIONS DES PERSONNES PAR RAPPORT A LA FAMILLE.

Ceux qui composent les familles sont ou *sui juris*, maîtres d'eux-mêmes, ou *alieni juris*, soumis au pouvoir d'autrui.

Par famille (*familia*) on entend, dans un sens spécial, une seule maison, savoir : le chef et toutes les personnes qui lui sont soumises; dans un sens général, les diverses maisons qui, ayant une même origine et descendant d'un chef commun, forment par leur réunion une grande famille, bien que chacune d'elles soit commandée par un chef différent.

Les personnes *sui juris* prennent le nom de *paterfamilias* pour les hommes (*qui in domo dominium habet*), et celui de *materfamilias* pour les femmes.

Les personnes *alieni juris* étaient jadis ou *in potestate*, ou *in manu*, ou bien enfin *in mancipio*; mais, sous Justinien, les pouvoirs nommés *manus* et *mancipium* n'existent plus.

Le mot *potestas* désigne le pouvoir du chef sur ses esclaves ou sur ses enfants.

Pouvoir du maître sur ses esclaves.

Le pouvoir sur les esclaves s'étend à la personne et aux biens. — Quant à la personne, l'esclave est comme une chose par rapport aux droits de propriété de son maître : il peut être vendu, donné, légué; mais le droit de vie ou de mort n'existe plus sur lui. D'après un rescrit d'Antonin le Pieux, le maître qui tue son esclave est puni comme homicide; celui qui traite cruellement ses esclaves est forcé de les vendre à de bonnes conditions. — Quant aux biens, tout ce que l'esclave a ou acquiert est à son maître; celui-ci quelquefois laisse à l'esclave la jouissance d'un pécule.

Puissance paternelle.

Le pouvoir sur les enfants est adouci de beaucoup. — Quant à la personne, le père n'a plus ni le droit de vie et de mort, ni le droit d'exposition; il ne peut vendre ses enfants qu'au sortir du sein de leur mère, lorsqu'il y est forcé par une extrême misère. Sa puissance paternelle est réduite à un simple droit de correction domestique. — Quant aux biens, la législation a successivement admis plusieurs pécules, sur lesquels le fils a des droits de propriété plus ou moins étendus.

La puissance paternelle s'acquiert ou par justes noces, ou par des actes qui légitiment les enfants naturels, ou par adoption.

Justes noces; Concubinat; Stuprum; Contubernium.

Les noces, en général *nuptiæ* (*matrimonium*), sont l'union de l'homme et de la femme, entraînant l'obligation de vivre dans un commerce indivisible (*viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens*). — Les justes noces (*justæ nuptiæ, justum matrimonium*) sont les noces de ceux qui s'unissent selon le prescrit des lois (*qui secundum præcepta legum coeunt*).

Les justes noces produisent la puissance paternelle sur les fils et les filles qui en sont issus, et sur les descendants par les mâles.

Pour qu'il y ait justes noces, il faut qu'il y ait puberté, consentement et *connubium*. — La puberté est fixée à douze ans pour les femmes, à quatorze ans pour les hommes. — Le consentement est nécessaire de la part des conjoints, de leur chef de famille, et, s'il s'agit d'un petit-fils, de la part non-seulement de l'aïeul, mais encore du père. — Le *connubium* est la capacité relative que les deux futurs époux doivent avoir pour s'unir entre eux.

Les obstacles au *connubium*, et par suite aux justes noces, proviennent de la qualité d'étranger chez l'un des époux, de la parenté, de l'alliance, et de quelques autres causes particulières.

La parenté porte le nom général de *cognation*. Elle vient quelquefois de la nature, quelquefois du droit civil, quelquefois de l'une ou de l'autre. — La cognation naturelle retient le nom de cognation proprement dite ; c'est le lien qui existe entre personnes unies par le sang et descendant ou l'une de l'autre, ou d'une souche commune. — La cognation civile porte bien le nom générique de cognation, mais elle se nomme spécialement *agnation* : c'est le lien qui existe entre les personnes membres de la même famille civile. — L'alliance est le lien que le mariage établit entre les deux cognations des époux.

La célébration des justes noces n'est soumise, en règle générale, à aucune formalité légale ; il suffit qu'il y ait consentement des parties et tradition de la femme. — Quelquefois cependant on dresse un acte, soit pour constater les noces (*nuptiales tabulæ*, *nuptialia instrumenta*), soit pour les conventions relatives aux biens (*instrumentum dotale*).

Des fiançailles peuvent précéder les justes noces : on nomme ainsi la promesse réciproque des noces futures (*sponsio et repromissio nuptiarum futurarum*). — Elles ne donnent aucune action pour contraindre au mariage.

Les justes noces se dissolvent par la mort de l'un des époux, par la perte de la liberté ou des droits de cité, par la captivité et par le divorce. — La femme ne peut se remarier qu'après l'année de deuil.

Les noces contractées contrairement aux lois sont nulles et de nul effet : les enfants sont considérés comme étant sans père connu (*spurii*) ; la dot est confisquée, et les coupables punis suivant les lois, s'il y a inceste ou bigamie.

Le concubinat est le commerce licite d'un homme et d'une femme sans qu'il y ait mariage entre eux (*licita consuetudo causa non matrimonii*). — Les enfants qui en sont issus ont un père connu, mais ils ne sont point sous la puissance paternelle, ils se nomment enfants naturels (*naturales liberi*).

Tout commerce illicite se nomme en général *stuprum* ; les enfants qui en sont issus sont *spurii*, sans père connu.

L'union des esclaves (*contubernium*) est abandonnée au droit naturel.

Légitimations.

Les actes par lesquels les enfants naturels peuvent être légitimés, et par conséquent amenés sous la puissance paternelle, sont :

1° Le mariage subséquent des père et mère ;

2° L'oblation à la curie ; mais, dans ces cas, l'enfant n'entre pas dans la famille et n'acquiert des droits qu'à l'égard du père ;

3° Par rescrit du prince ;

4° Par testament.

Ces deux derniers modes sont introduits par les novelles de Justinien.

L'effet produit par ces divers actes a été nommé légitimation. Il est indispensable que les enfants qu'on veut légitimer y consentent, ou du moins ne s'y opposent pas.

Adoptions.

Il y a deux sortes d'adoptions : l'adrogation, et l'adoption proprement dite. Elles diffèrent dans les personnes auxquelles elles s'appliquent, dans leurs formes et dans leurs effets.

Dans l'adrogation, on adopte un chef de famille *sui juris*; dans l'adoption, un fils de famille *alieni juris*. — Jadis il y avait aussi cette différence que les impubères et les femmes ne pouvaient être adrogés, tandis qu'ils pouvaient être adoptés; mais, depuis Antonin, l'adrogation des impubères est permise avec certaines conditions, et, sous Justinien, celle des femmes l'est aussi.

L'adrogation se fait par rescrit du prince (*principali rescripto*); l'adoption par autorité du magistrat (*imperio magistratus*).

L'adrogation et l'adoption avaient autrefois toutes deux pour but de donner sur l'adopté la puissance paternelle; mais, sous Justinien, leurs effets sont ordinairement différents : — L'adrogation produit toujours la puissance paternelle; l'adrogé passe sous l'adrogeant avec tous ses biens et ses enfants, s'il en a. — Quant à l'adoption, il faut distinguer : si l'adoptant est un ascendant (*non extraneus*), la puissance paternelle est produite; si c'est un étranger, l'adopté acquiert seulement des droits de succession *ab intestat*.

Du reste, on peut adopter quelqu'un pour fils ou pour petit-fils. — Dans ce dernier cas, on peut désigner l'un de ses enfants comme père du petit-fils adoptif (*quasi ex filio*), ou n'en désigner aucun (*quasi incerto natus*); l'adoption produit alors des effets différents quant aux degrés de parenté, et, par suite, quant aux prohibitions de mariage et à tous les droits de famille.

Les qualités et conditions nécessaires pour l'adoption, aussi bien que pour l'adrogation, sont celles-ci : L'adoptant doit avoir la puberté pleine de plus que l'adopté : cette règle observée, il peut adopter, quel que soit son âge; néanmoins l'adrogation n'est pas facilement permise à celui qui a moins de soixante ans, ou qui a déjà des enfants; — Les impuissants peuvent adopter, les castrats ne le peuvent pas; — Les femmes non plus, si ce n'est avec l'autorisation impériale, en consolation des enfants qu'elles ont perdus. — L'adopté peut l'être à tout âge; les affranchis ne peuvent être adoptés que par leurs patrons; les esclaves ne peuvent pas l'être. — Il faut en outre le consentement des parties; toutefois, quant à celui qui est donné en adoption, il suffit qu'il ne s'y oppose pas (*non contradicente*); — Dans l'adoption d'une personne, au second degré, comme issu d'un tel fils (*quasi ex filio*), il faut le consentement de l'aïeul et du père adoptants.

L'adoption peut être dissoute, soit en émancipant l'adopté, soit en le donnant en adoption à un autre. — Tout lien dans la famille adoptive est alors rompu, et l'adoption ne peut plus être renouvelée.

Pouvoir du mari sur la femme.

Le mot *manus* désignait le pouvoir que le mari avait sur sa femme dans certains cas déterminés. Ce pouvoir n'existe plus sous Justinien.

Pouvoir de mancipium *sur une personne libre.*

Par *mancipium* on entendait le pouvoir sur une personne libre, acquise par mancipation. Il est entièrement hors d'usage comme le précédent.

Comment se dissout le droit de puissance.

Le droit de puissance (*potestas*) se dissout : quant à l'esclave, par l'affranchissement;

Quant au fils de famille, par certains événements accidentels, par un acte solennel ou par certaines dignités.

Ces événements sont : la mort du chef, la perte de la liberté ou seulement des droits de cité, survenue au père ou à l'enfant; lorsque le père ou le fils est tombé au pouvoir de l'ennemi, la puissance paternelle n'est pas détruite, mais seulement suspendue, à cause du droit de *postliminium*.

Les actes solennels sont : l'émancipation, et l'adoption dans certains cas; l'une et l'autre font perdre au fils ses droits de famille, et ne peuvent avoir lieu contre son gré.

Aucune dignité, autre que celle de flamine ou de vestale, ne pouvait libérer jadis de la puissance paternelle, Justinien, dans ses Instituts, attache cet effet à la dignité de patrice; et, dans une novelle, à toutes les dignités qui libèrent de la curie. L'enfant ainsi rendu libre ne perd pas ses droits de famille.

Le pouvoir du mari (*manus*) et celui du maître sur l'homme libre livré en mancipation (*mancipium*) pouvaient aussi se dissoudre par certains modes qu'il n'est plus nécessaire d'examiner sous Justinien.

Il existe des actions relatives aux droits de famille, données soit à la femme, soit au mari, soit à l'enfant, dans le but soit de faire reconnaître, soit de nier la paternité, la légitimité ou la puissance paternelle. Ces actions sont dans la classe de celles qu'on nomme *préjudicielles*; il en existait aussi de relatives aux droits provenant de la *manus* ou du *mancipium*.

DIVISIONS DES PERSONNES PAR RAPPORT A LEUR CAPACITÉ OU INCAPACITÉ.

Des causes générales ou des causes particulières peuvent rendre les personnes incapables de se gouverner et de se défendre : — Dans le premier cas, on les met en tutelle, dans le second en curatelle; — Mais il n'y a que les personnes *sui juris* qui soient en tutelle ou en curatelle; ceux qui sont *alieni juris* ne peuvent jamais s'y trouver.

Des tutelles.

On donnait primitivement des tuteurs aux femmes, quelque âgées qu'elles fussent, et aux impubères. La tutelle des impubères est la seule qui existe sous Justinien.

Elle est définie : *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

Tutelle testamentaire.

On nomme tutelle testamentaire (*testamentaria tutela*) celle qui est déférée par testament.

Qui a le droit de donner un tuteur testamentaire? Le père de famille seul : il tient ce droit de sa puissance paternelle; aussi peut-il déshériter ses enfants, et néanmoins leur assigner un tuteur.

Qui peut recevoir un tuteur testamentaire? Les enfants soumis à la puissance du chef, et qui à sa mort doivent se trouver *sui juris* et impubères : parmi eux il faut comprendre les posthumes, dans certains cas. — Les enfants émancipés n'en peuvent point recevoir; mais cependant la dation faite par le père doit être confirmée par le magistrat, sans enquête.

Qui peut être donné pour tuteur testamentaire? Les citoyens seuls avec qui le testateur a faction de testament, encore ne sont-ils pas tous capables d'être tuteurs : les femmes ne le sont pas; les esclaves, les fous, les mineurs de vingt-cinq ans, ne sont capables que pour l'époque où ils seront devenus libres, sains d'esprit, majeurs de vingt-cinq ans.

Comment peut être faite la dation du tuteur? Avant ou après l'institution d'héritier; — Purement et simplement, ou sous un terme, ou sous une condition; — Elle peut comprendre plusieurs tuteurs; — Mais elle ne peut tomber sur une personne incertaine, ni être faite pour une affaire spéciale.

Tutelles légitimes.

On nomme tutelle légitime (*legitima tutela*), en général, celle qui est déférée par une loi (*quæ ex lege aliqua descendit*); plus spécialement celle qui découle de la loi des Douze Tables directement, ou par conséquence (*quæ ex lege Duodecim Tabularum introducitur, seu propalam, seu per consequentiam*).

Ce genre de tutelle a lieu lorsque la tutelle testamentaire manque, soit parce qu'il n'y en a pas eu, soit parce qu'elle a cessé de plein droit avant la puberté du pupille.

Dans le sens spécial du mot, la tutelle des agnats, celle du patron et de ses enfants, jadis celles des gentils ou du manumisseur, d'un homme *in mancipio*, sont rigoureusement les seules tutelles légitimes. La première découle directement de la loi des Douze Tables, la seconde en découle par conséquence. — Par honneur pour sa qualité, le père émancipateur, assimilé au patron, était aussi considéré comme tuteur légitime.

Tutelle légitime des agnats. — Diminution de tête.

Les agnats sont appelés par la loi des Douze Tables à la tutelle, pourvu qu'ils soient capables de la gérer, dans le même ordre qu'à la succession; de là cette règle : *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ.* S'il y a plusieurs agnats au même degré, la tutelle leur est commune.

A ce sujet les Instituts examinent ce qu'on entend par *agnats* et par *cognats;* comment se perdent les droits d'*agnation* et de *cognation*.

L'état de citoyen romain se compose de trois éléments constitutifs : la liberté, la cité, la famille; — Trois changements distincts peuvent frapper sur cet état, selon que l'un ou l'autre de ces éléments est attaqué. — Ces changements d'état se nomment diminution de tête (*est capitis deminutio prioris status mutatio*).

Si l'on perd le premier élément (*libertas*), tous les autres sont perdus, l'état de citoyen est détruit en entier : il y a grande diminution de tête (*maxima*).

Si l'on perd le second élément (*civitas*), la famille est aussi perdue, l'état de citoyen romain est détruit, il ne reste que la qualité d'homme libre; il y a moindre ou moyenne diminution de tête (*minor vel media*).

Si l'on perd seulement le troisième élément (*familia*), ni la qualité d'homme libre ni l'état de citoyen romain ne sont détruits, on ne perd même sa famille que pour l'échanger contre une autre; la position seulement de la personne est modifiée (*status duntaxat hominis mutatur*); il y a petite diminution de tête (*minima*).

L'influence de ces changements sur l'agnation et la cognation est celle-ci : Le lien même de l'agnation, et les droits qu'elle donne, sont détruits par toute diminution de tête; — Le lien naturel de la cognation n'est rompu par aucune diminution; les droits civils qui y sont attachés périssent par la grande et la moyenne, mais non par la petite.

Tutelle légitime des patrons.

Le patron et ses enfants sont appelés indirectement par la loi des Douze Tables à la tutelle de l'affranchi impubère, parce que cette loi les appelle à la succession.

Tutelles fiduciaires.

On nommait tutelles fiduciaires (*tutelæ fiduciariæ*) celles que l'usage avait fait déférer, par imitation des tutelles du patron et de ses descendants, à certaines personnes sur les enfants émancipés avant leur puberté. — On les nommait fiduciaires, parce qu'elles étaient la suite de mancipations simulées, faites avec contrat *de fiducie*, pour obliger l'acquéreur fictif soit à affranchir lui-même l'enfant, soit à le remanciper à son père.

Ces tutelles étaient :

1° Celle de l'acquéreur fictif, lorsqu'en exécution de la fiducie il avait affranchi lui-même l'impubère;

2° Celle du père émancipateur, et, après sa mort, de ses enfants, lorsque l'impubère avait été remancipé au père et affranchi par lui. — Toutefois, dans ce dernier cas, le père émancipateur, par déférence, afin qu'on ne lui attribuât pas moins d'honneur qu'au patron, était qualifié de tuteur légitime, et non de tuteur fiduciaire.

Sous Justinien, la première de ces tutelles fiduciaires n'ayant plus lieu, puisqu'il n'y a plus de mancipations simulées, la seconde, c'est-à-dire celle des enfants du père émancipateur, est la seule qui ait retenu le nom de tutelle fiduciaire.

Tutelles données par les magistrats.

On nomme tutelle donnée par les magistrats (*tutela a magistratibus data*) celle qui est déférée par le choix de certains magistrats.

On a recours à cette tutelle :

1° Quand il n'y a absolument aucun tuteur, ni testamentaire ni légitime;

2° Quand la tutelle testamentaire est suspendue ou interrompue pour une cause quelconque;

3° Quand le tuteur testamentaire ou le tuteur légitime s'excusent ou sont destitués.

Les premières lois qui concernent ce genre de tutelle sont, pour Rome, la loi *Atilia*; pour les provinces, la loi *Julia et Titia* : d'où sont venus le nom de *tutor Atilianus*, et celui de *tutor Juliotitianus* indiqué par Théophile.

Ces tuteurs, sous Justinien, sont donnés, à Constantinople, par le préfet et le préteur, chacun selon leur juridiction et avec enquête; — Dans

les provinces, lorsque la fortune du pupille excède cinq cents solides, ils sont donnés par les présidents, avec enquête; lorsque la fortune ne s'élève pas au-dessus de cette somme, ce sont les magistrats particuliers des cités qui les donnent sans enquête, mais avec caution.

La dation peut comprendre plusieurs tuteurs; mais elle ne peut être subordonnée à un terme ni à une condition.

Il faut bien distinguer en droit romain ces deux expressions, *dare* ou *nominare* tutorem. « *Nominare* tutorem », c'est seulement désigner par son nom, proposer celui qui est apte à être donné pour tuteur; « *Dare* tutorem », c'est le charger de la tutelle.

Administration et autorisation (auctoritas) *du tuteur.*

Le tuteur doit, avant de prendre l'administration, donner caution de bien gérer, et faire l'inventaire des biens du pupille.

S'il y a plusieurs tuteurs, l'administration est, selon les cas, confiée à un seul, donnée à tous en commun, ou divisée entre chacun d'eux.

Le tuteur ne représente pas la personne du pupille; ses fonctions consistent soit à agir par lui-même, en son propre nom et sans le pupille, comme une sorte de gérant d'affaires, ce qui se nomme gérer les affaires (*negotia gerere*), soit à s'adjoindre à la personne du pupille agissant lui-même, pour la compléter par son concours et se porter coopérateur dans l'acte : c'est ce qu'on nomme donner son autorisation (*auctoritatem interponere*).

L'autorisation (*auctoritas*) est la participation active du tuteur dans l'acte, afin de compléter la personne imparfaite du pupille et de produire avec lui l'acte voulu. Elle ne peut être donnée ni avant ni après.

A cet égard il faut distinguer diverses périodes dans l'âge de l'impubère; savoir :

1° S'il est *infans* (ne pouvant pas encore parler), à la mamelle ou peu s'en faut, selon l'expression de Théophile;

2° S'il est *infanti proximus* (plus près de l'enfance que de la puberté), jusqu'à sept ans environ, selon la jurisprudence;

3° Enfin s'il est *pubertati proximus* (plus près de la puberté que de l'enfance), environ au-dessus de sept ans accomplis.

Dans le premier cas, l'impubère ne pouvant prononcer aucune parole, aucune formule solennelle, le tuteur ne peut procéder en donnant son *auctoritas*, il ne peut que gérer.

Dans le second cas, bien que l'impubère puisse parler, les jurisconsultes disent qu'il n'a encore aucune intelligence des affaires juridiques (*nullum intellectum*). — En conséquence, s'il agit seul, rigoureusement, suivant ces jurisconsultes, il ne peut faire aucun acte valable. — Cependant, par faveur spéciale, en considération de ce qu'il peut prononcer les formules, on lui permet de faire, avec ou sans l'*auctoritas* de son tuteur, suivant le cas, certains actes qui sont éminemment dans son intérêt, comme une stipulation, une crétion ou acceptation solennelle d'hérédité. — Ainsi, dans cet intervalle, le tuteur procède le plus souvent en gérant les affaires, mais quelquefois aussi en donnant son autorisation. Ce dernier parti est le seul possible dans tous les actes qui exigent absolument l'intervention personnelle du pupille.

Enfin, dans le troisième cas, les jurisconsultes disent que le pupille a l'intelligence de ce qu'il fait (*aliquem intellectum*), mais qu'il n'a pas de jugement (*animi judicium*).

En conséquence, le tuteur, durant cette période, doit procéder de préférence en faisant agir le pupille et lui donnant son autorisation. Il ne doit gérer lui-même qu'en cas de nécessité, par exemple si le pupille est absent.

Il y a plus, le pupille peut faire, seul, tous les actes qui ne demandent que l'intelligence; mais il ne peut faire, sans l'autorisation du tuteur, ceux qui demandent le jugement. — D'où il suit qu'il peut, sans autorisation, rendre sa condition meilleure, mais non la rendre pire : c'est-à-dire obliger les autres envers lui, mais non s'obliger envers les autres, acquérir, mais non aliéner. Lorsque le contrat fait par le pupille sans autorisation peut, comme la vente, se décomposer en deux actes, dont l'un ne demande que l'intelligence et l'autre exige du jugement, le premier acte est valable, le second est nul, et le contrat est conservé en partie dans l'intérêt du pupille; mais lorsque l'acte qui exige du jugement est indivisible, comme l'acceptation d'une hérédité, et ne peut se prêter à une pareille décomposition, il est totalement nul, s'il a été fait sans autorisation, lors même que, par le fait, il pourrait être avantageux au pupille.

Fin de la tutelle.

La tutelle finit, pour le pupille, par la puberté et par les trois diminutions de tête; et alors, finissant aussi pour le tuteur, elle est entièrement terminée.

Mais quelquefois elle ne cesse que pour le tuteur seul, qui se trouve remplacé par un autre. — C'est ce qui a lieu, 1° par la mort du tuteur; 2° par sa grande ou sa moyenne diminution de tête (quant à la petite diminution, elle ne met fin qu'aux tutelles légitimes provenant directement ou indirectement des Douze Tables, mais non à celles qui proviendraient de lois nouvelles; 3° par sa captivité (il est vrai que, dans ce cas, ses droits sont seulement suspendus); 4° par l'événement du terme ou l'accomplissement de la condition; 5° par les excuses ou les destitutions.

Tutelle sur les femmes.

La tutelle perpétuelle sur les femmes commença à s'adoucir même sous la république; Auguste, par la loi *Papia Poppæa,* accorda aux femmes, dans certains cas, le droit d'en être délivrées; sous Claude, la loi *Claudia* les affranchit entièrement de la tutelle de leurs agnats. Cette législation existait encore au temps de Gaius et à celui d'Ulpien; mais elle tomba successivement en désuétude, et aucune trace n'en reste dans l'empire d'Orient.

Des curatelles.

La curatelle peut avoir lieu dans trois circonstances bien distinctes :

1° Pendant la tutelle, pour les impubères;

2° Depuis la puberté jusqu'à vingt-cinq ans, pour les adultes; ces derniers ne reçoivent pas de curateurs contre leur gré, si ce n'est pour les comptes de leurs tuteurs, pour un procès, pour un payement;

3° Même au delà de vingt-cinq ans, pour les furieux, insensés, prodigues, etc.

Il n'y a que la curatelle des furieux et des prodigues qui soit légitime et qui appartienne de plein droit aux agnats, jadis, à défaut d'agnats, aux gentils; — les autres curateurs sont donnés par les mêmes magistrats

que les tuteurs : — ils ne peuvent être donnés par testament ; cependant, lorsqu'ils l'ont été, ils sont confirmés.

Le tuteur est donné à la personne et non aux biens ; le curateur, aux biens, même à une affaire spéciale, et non à la personne. — Le premier complète la personne imparfaite du pupille et concourt à la création de l'acte en interposant son *auctoritas*. Le second donne seulement son adhésion (*consensus*) aux actes de l'adulte ; du reste, il peut aussi, lorsqu'il y a nécessité, agir seul et en son propre nom, comme une sorte de gérant d'affaires (*negotia gerere*).

La curatelle finit avec la cause pour laquelle elle avait été établie.

Satisdation des tuteurs ou curateurs.

Les tuteurs et les curateurs, à l'exception de ceux donnés par testament ou sur une enquête, sont obligés de fournir satisdation pour la sûreté des intérêts du pupille ou de l'adulte.

Ceux-ci ont une action subsidiaire contre les magistrats qui, chargés d'exiger la satisdation, auraient négligé entièrement de le faire, ou bien auraient reçu une sûreté insuffisante. Cette action s'étend contre les héritiers des magistrats.

Excuses des tuteurs ou curateurs.

La tutelle et la curatelle sont des charges publiques, en ce sens que tout citoyen peut y être appelé.

Il est cependant des motifs d'excuses pour lesquels on peut se faire dispenser.

Ce n'est pas par la voie de l'appel qu'on fait valoir ses excuses : on les présente au magistrat dans un délai déterminé ; s'il les rejette, c'est alors qu'on peut appeler de sa décision.

Actions relatives à la tutelle ou à la curatelle.

La tutelle donne lieu à plusieurs actions : — L'action directe et l'action contraire de tutelle (*actio tutelæ directa et contraria*), données l'une contre le tuteur pour lui faire rendre compte, l'autre au tuteur pour se faire indemniser de ses avances ; — L'action pour les soustractions faites dans les comptes (*actio de rationibus distrahendis*), contre le tuteur qui a soustrait quelque chose du patrimoine du pupille. Ces actions ne sont ouvertes qu'à la fin de la tutelle.

La curatelle produit aussi l'action *utilis negotiorum gestorum,* et l'action *utilis contraria negotiorum gestorum :* l'une contre le curateur, pour faire rendre compte ; l'autre au curateur, pour se faire indemniser.

Quand les mineurs de vingt-cinq ans ont été lésés dans une affaire qui, selon le droit strict, est valable, le préteur leur accorde un recours pour se faire, en connaissance de cause (*causa cognita*), restituer en entier (*restitutio in integrum*).

Quelques actions sont communes à la tutelle et à la curatelle : celle contre les fidéjusseurs, celle contre les magistrats, enfin l'accusation quasi publique contre les suspects.

FIN DU LIVRE PREMIER.

EXPLICATION HISTORIQUE

DES

INSTITUTS DE JUSTINIEN.

LIVRE SECOND.

TITULUS I. — DE RERUM DIVISIONE.

TITRE I. — DE LA DIVISION DES CHOSES.

289. Il n'est pas de terme qui se prête avec plus de flexibilité aux caprices divers du langage que celui de *res* en latin, *chose* en français. Celte flexibilité s'est étendue en partie jusque dans la langue du droit. Déterminons cependant le sens légal du mot.

L'homme, rapportant à lui tout ce qui existe, considérant tous les objets quelconques, animés ou inanimés, comme soumis ou du moins destinés à ses besoins ou à ses plaisirs, et comme pouvant, en conséquence, former pour lui l'objet d'un droit, leur a donné le nom de chose (*res*). Tel est le sens *originaire et positif.* C'est dans ce sens que, chez les peuples où l'esclavage est connu, les esclaves, hommes déchus, consacrés aux besoins et devenus l'objet des droits des autres hommes, sont rangés, quand on les envisage au point de vue de ces droits, dans la classe des choses (1).

Sur la plupart de ces objets réels la loi a donné des droits à exercer; ces droits, considérés comme des objets conventionnels dont les hommes peuvent disposer, qui sont destinés à leurs besoins, et qui peuvent, en conséquence, devenir à leur tour l'objet d'autres droits, ont encore reçu de la législation romaine le nom de choses (*res*); tel est le sens *impropre et figuré.*

Ainsi par *choses* on entend, en droit romain, tous les objets corporels considérés comme soumis, ou du moins destinés à l'homme, et tous les droits que la loi donne sur ces objets (2).

Les personnes sont tous les êtres humains, ou de pure création juridique, considérés comme pouvant être le *sujet* actif ou passif des droits.

Les choses sont tous les objets corporels, ou de pure création juridique, considérés comme pouvant en être l'*objet.*

Ce sont des notions que nous avons suffisamment éclaircies dans

---

(1) Gai. 2. § 13 : « Corporales (res)... veluti fundus, homo, vestis, aurum, etc. » — Inst. 2. 20. § 22 : « Si generaliter servus vel alia res legetur. »
(2) D. 50. 16. 23. f. Ulp.

notre *Généralisation du droit romain* (ci-dess., tom. I, n°s 17, 105 et suiv.).

290. Le jurisconsulte n'étudie point les choses pour en reconnaître la nature et les propriétés physiques; il les étudie pour déterminer les droits que les hommes peuvent avoir sur elles. Quelquefois cependant la première de ces considérations exerce une influence directe sur la seconde. Ainsi c'est la nature physique du soleil, de la mer, de ses rivages, de l'air, des fleuves, des animaux sauvages, qui a fixé les droits bien différents que les hommes peuvent prétendre sur ces objets. De même, selon qu'une chose est un corps individuellement distinct, ou bien forme une masse, une collection, un genre, qui s'apprécie au nombre, au poids ou à la mesure; selon qu'elle est susceptible ou non d'être utilisée sans être détruite, de se diviser sans changer de nature; selon qu'elle est mobile ou qu'elle ne l'est pas, les droits dont elle est l'objet varient. Voilà donc autant de propriétés corporelles auxquelles le jurisconsulte doit avoir égard. Ces considérations générales n'appartiennent pas spécialement à la législation romaine; elles serviront à bien indiquer le rapport sous lequel les choses doivent être envisagées. Les questions essentielles à résoudre sont celles-ci : Quelles sont les diverses espèces de choses qu'on distingue en jurisprudence? — Quels sont les différents droits dont les choses peuvent être l'objet? — Comment ces droits s'acquièrent-ils et se perdent-ils?

291. Le cachet particulier du peuple romain fut imprimé sur cette partie du droit comme sur toutes les autres; mais la main du temps l'effaça plus complétement; peu d'ouvrages sont restés pour nous le faire connaître; d'ailleurs l'attention donnée aux personnes a détourné de l'étude des choses : aussi les notions historiques sur cette matière sont-elles moins communes et plus inexactes. Je profiterai du manuscrit de Gaius et des autres sources pour établir quelques idées à ce sujet.

Des choses à l'époque des Douze Tables.

292. Les fragments des Douze Tables, arrivés épars jusqu'à nous, sont trop incomplets pour que nous sachions si cette loi contenait expressément une division des choses. Cependant l'organisation religieuse et l'institution des pontifes, pleinement en vigueur à cette époque, ne permettent pas de douter qu'il n'y eût alors des choses solennellement consacrées aux dieux (*res sacræ*); de même les nombreuses dispositions de cette loi sur les funérailles (tom. I, *Hist.*, p. 115, 10e table) nous rendent certains que la loi rangeait dans une classe à part les choses consacrées à la sépulture des hommes (*res religiosæ*); enfin la fable de la mort de Rémus, en admettant même qu'elle n'ait aucune réalité, prouve du moins, par cela seul qu'elle existait déjà à l'époque des Douze Tables, que les murs de la cité étaient protégés par une sanction légale (*res sanctæ*). Ainsi, cette première distinction de certaines choses retirées du

commerce des hommes, et nommées par les jurisconsultes *res divini juris*, remonte à l'origine de la législation (1). Il en est de même des choses publiques (*res publicæ*), et des choses communes, comme la mer et ses rivages (*res communes*). Quant à la qualité de meuble ou immeuble qui, dans la plupart des législations modernes, fournit la classification principale des choses, elle ne fit jamais, dans le droit romain, la base d'aucune division précise, quoiqu'on eût égard quelquefois à cette qualité, et que la loi des Douze Tables elle-même eût mis une différence entre l'usage d'un fonds et celui des autres choses (tom. I, *Hist.*, p. 106, 6e table, § 3; *Génér.*, nos 135 et suiv.).

Propriété à l'époque des Douze Tables.

293. Je ne parlerai pas des différents droits qu'on peut avoir sur une chose, mais seulement du droit de propriété. La loi des Douze Tables ne connaissait qu'une sorte de propriété : le citoyen était seul capable de l'avoir; l'étranger ne pouvait y prétendre; cette propriété ne pouvait être acquise, détruite, transportée d'un citoyen à l'autre que par certains événements limités. Les jurisconsultes la nommèrent plus tard, *dominium ex jure Quiritium*, domaine selon le droit des Romains, domaine romain; celui qui l'avait se nomma *dominus legitimus*, propriétaire selon la loi (2). Quiconque n'avait pas cette propriété était censé n'en avoir aucune; la loi ne reconnaissait pas ses droits : « Aut enim ex jure Quiritium unus quisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus (3). »

Manière d'acquérir et de transmettre le domaine romain.

294. Il y a grande erreur à croire que le domaine romain, d'après les Douze Tables, ne pût s'acquérir que d'une seule manière. Il y a erreur tout aussi grande à croire que, parmi les modes d'acquérir

(1) Outre les preuves que j'expose ici, une infinité de passages dans Cicéron, Festus, Aulu-Gelle, etc., rendent certaine l'existence de cette distinction. — (2) VARR. *De r. r.* 2. 10. n° 4.

(3) GAI. 2. § 40. — CIC. 3. *In Verr* 2. 12. — Bien que ces expressions de *jus Quiritium* soient le plus souvent employées pour qualifier le domaine, cependant elles sont générales. Nous voyons, par les Règles d'Ulpien (tit. 3. § 1. 2 et suiv.), et par les Instituts de Gaius (3. §§ 72 et 73) qu'elles sont synonymes de *jus civitatis*. Pline s'en sert en ce sens (voir ci-dess., tome I, *Hist.*, n° 396, avec la note 2). Cicéron les emploie pour qualifier la liberté suivant le droit civil romain : « Qui enim potest jure Quiritium liber esse, is qui in numero Quiritium non est? » (CICER. *Pro Cæcina.* c. 33); Ulpien, pour qualifier la puissance paternelle, en la distinguant du droit de domaine, et il se sert à ce sujet de ces synonymes remarquables, *ex jure romano*, *ex lege Quiritium* : « Si quis ita petit filium suum in potestate *ex jure romano*, videtur mihi Pomponius consentire, recte eum egisse : ait enim, adjecta causa *ex lege Quiritium* vindicare posse » (DIG. 6. 1. 1. § 2. fr. Ulp.). Enfin, les Instituts de Justinien eux-mêmes nous disent : « Jus quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur » (INST. 1. 2. § 2). Ainsi, *jus civitatis*, *jus civile Romanorum*, *jus romanum*, *lex Quiritium* ou *jus Quiritium*, quoique avec des nuances diverses, ont un même sens général.

ce domaine, il ne s'en trouvât aucun de naturel. L'*occupation* produisait indubitablement cet effet. Ce n'était que par elle qu'on acquérait le butin, les esclaves pris sur l'ennemi, dont les Quirites se disaient certainement propriétaires *ex jure Quiritium*. Je pense aussi, et j'indiquerai bientôt mes raisons, que la *tradition naturelle* était admise dans certains cas. Or, si ces moyens naturels d'acquérir étaient admis, ils produisaient nécessairement le domaine romain, puisqu'à cette époque il n'existait pas d'autre propriété. Mais il y a plus : c'était un mode naturel d'acquisition, c'était l'*occupation* qui servait de type; car la lance était pour les Romains le premier moyen d'acquérir et le symbole légal du domaine selon la loi.

295. Quant aux moyens civils, il en existait aussi plus d'un, et tous offrent un caractère particulier. Au premier rang se place le *mancipium*, dont parle un fragment des Douze Tables (tom. I, *Hist.*, p. 106, 6e table, § 1). Cet acte était une aliénation solennelle, qui ne pouvait se faire qu'entre citoyens romains, devant des témoins citoyens, avec une balance, un lingot de métal, et en prononçant des paroles qui formaient la loi des parties. On ne peut s'empêcher d'y reconnaître les ventes premières d'un peuple qui mesure le métal au poids (1), qui compte les étrangers pour rien, et qui, hors les combats, se considère comme ne devant avoir avec eux aucune relation. C'était au moyen de cette aliénation solennelle que le chef de famille vendait les individus soumis à son pouvoir; que le mari acquérait le domaine de sa femme. Le nom de *mancipium*, qui désignait l'acte, fut aussi employé, par une figure de langage, pour désigner le droit qu'il produisait (2). Ce fut ainsi que l'on dit avoir une chose *in mancipio*, pour dire l'avoir en son domaine.

296. Mais est-il vrai que la tradition, à l'époque des Douze Tables, dût toujours être accompagnée des formalités du *mancipium*, et que, faite simplement, elle ne pût, dans aucun cas, donner le domaine? Il est constant, quant à certains objets importants, tels que les esclaves, les fonds de terre, que le propriétaire, en les livrant sans formalités, avec l'intention d'en transférer le domaine, ne le transférait nullement, et ne cessait pas d'être seul propriétaire. Appliquait-on cette rigueur de forme aux objets de consommation, à ces choses d'un achat journalier, telles que les vêtements, le vin, les denrées propres à la nourriture? Il est difficile de le croire. Sans doute, quand la balance et le métal avaient un usage réel, celui de peser le prix, on les employait dans tous les achats où ils étaient nécessaires; mais quand ils ne furent plus qu'un symbole, quand l'usage et les lois y ajoutèrent la nécessité de plu-

(1) Pline indique formellement cette origine; après avoir dit que, dans les premiers temps, on pesait le métal, il ajoute : « Qua consuetudine in his emptionibus quæ mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur » (PL. *Hist. nat.*, liv. 33. ch. 3). — (2) LUCRÈCE. 3. 984. — SENEQ. *Ep.* 72.

sieurs témoins citoyens et de paroles sacramentelles, ces formalités, devenues légales, ne durent pas être exigées pour les ventes ou traditions minimes dont je viens de parler (1).

297. Un autre moyen civil d'acquérir le domaine romain était l'usage, expression à laquelle il faut attribuer ici le sens de possession (*usus; usus auctoritas*) (2). Quand une chose avait été transmise par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire, ou bien lorsqu'elle avait été livrée naturellement dans le cas où la tradition naturelle était insuffisante, celui qui l'avait reçue n'en était pas devenu propriétaire; mais, s'il en avait joui pendant deux ans pour un fonds, un an pour les autres choses, le domaine romain lui était acquis par cet usage, par cette possession. C'était ainsi que le mari, lorsqu'il avait reçu sa femme par la simple tradition, en devenait propriétaire par une année d'usage, c'est-à-dire de possession (n° 150).

298. Le domaine romain s'acquérait encore par une cession *in jure*. Nous n'avons aucun fragment textuel des Douze Tables qui nous parle de ce mode d'acquérir; nous ne connaissons pas le nom qu'il portait dans ces tables (3); mais nous savons par les *Vaticana fragmenta* qu'il s'y trouvait confirmé (tom. I, *Hist.*, p. 112, 6e table, § 11); et l'on ne peut y méconnaître une institution de ces premiers temps. Ce mode consistait dans un simulacre de procès devant le magistrat. Celui à qui on voulait céder le domaine d'une

(1) Cette opinion, qui fait remonter à l'époque des Douze Tables, et même avant, la distinction des choses en choses pour lesquelles le *mancipium* était nécessaire (*res mancipii*), et choses pour lesquelles la simple tradition suffisait (*res nec mancipii*), contestée autrefois, ne peut plus l'être aujourd'hui. Voici un passage de Gaius qui prouve positivement que les choses *mancipi* existaient sous les Douze Tables (GAI. Comm. 2. § 47.—Voir aussi ULP. 11. § 27. et INST. 2. § 41). D'ailleurs, n'a-t-on pas en quelque sorte dans le *mancipium* lui-même l'exemple d'une chose *nec mancipii?* Le métal qui faisait le prix de la vente n'était pas mancipé, cependant il passait dans le domaine du vendeur.

(2) On ne s'entend guère sur l'explication du mot *auctoritas*, employé par les Douze Tables (tome I, *Hist.* p. 107, 6e tab. § 5). Ce qu'il y a de certain, c'est que les mots *usus auctoritas*, *usus et auctoritas*, désignent l'*usage à fin d'acquérir*. Voici les passages de Cicéron où l'on trouve à peu près les fragments des Douze Tables : « Quoniam *usus auctoritas fundi biennium* est, sit etiam ædium. Ast in lege ædes non appellantur et sunt : *cæterarum rerum*, quarum annuus est usus » (CIC. *Top.* 4). Et ailleurs : « Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium; at utimur eodem jure in ædibus, quæ in lege non appellantur » (CIC. *Pro Cæs.* 19). — Si l'on se reporte à ce que nous avons dit ci-dessus (n° 241) sur la philologie du mot *auctoritas*, on verra comment ce mot, entre autres acceptions, ayant signifié, dès les temps anciens, le fait, la qualité d'être la cause efficiente, l'auteur (*auctor*) de la création d'un droit, d'une transmission de propriété ou de possession; particulièrement ce fait, cette qualité de la part d'un vendeur; ou bien la garantie contre l'éviction due par l'*auctor;* particulièrement celle due par le vendeur (DIG. 21. 2. *De evictionibus*, 76. f. Venulej.) : *usus auctoritas*, dans la vieille langue du droit, est le fait, la qualité d'*auctor* dans l'usage, dans la possession continuée durant le temps voulu, c'est-à-dire la transmission de propriété par l'usage, la garantie contre l'éviction que procure l'usage. — (3) Au temps de Cicéron, ce mode d'acquérir se nommait déjà *in jure cessio* (CICER. *Top.* 5).

chose la vendiquait fictivement comme sienne; celui qui voulait le céder ne faisait aucune objection, et le magistrat, comme s'il prononçait sur le droit, déclarait la chose appartenir à celui qui l'avait vendiquée. C'était ainsi que, même avant les Douze Tables, se faisait l'affranchissement, qui, dans ce cas, se nommait *manumissio vindicta,* affranchissement par la vindicte (*par la vendication,* ci-dess., tom. I, *Génér.,* n° 264; et n° 58). Je ne serais pas éloigné de croire que cette expression était générale, et que dans tous les cas où une chose avait été cédée et acquise par cette vendication simulée, on disait qu'elle avait été acquise *vindicta,* par la vindicte.

299. L'adjudication faite par le juge était un quatrième moyen civil de transporter le domaine romain. Elle avait lieu lorsque des cohéritiers ou des propriétaires d'une même chose agissaient entre eux pour la faire partager, ou bien lorsque des voisins agissaient pour faire fixer les limites. Chacune des parties acquérait le domaine romain de ce qui lui était adjugé. Des fragments du Digeste et plusieurs passages d'anciens auteurs prouvent l'existence dans les Douze Tables de ce mode d'acquisition (1); mais nous ne savons pas quelle dénomination il portait alors.

300. Enfin le domaine romain était encore acquis dans quelques autres cas spécialement déterminés par la loi. Tel était le cas de legs (celui qui était fait *per vindicationem*), pour lequel les Douze Tables disaient : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (2) » (tom. I, *Génér.* n°s 229 et suiv.).

301. Hors ces événements limités, ni le consentement des parties ni la tradition elle-même n'auraient donné de droit quelconque de propriété, parce qu'on ne connaissait aucun milieu entre être propriétaire selon le droit des citoyens, et ne l'être nullement. Telle était la législation des Douze Tables. Elle fut modifiée lorsque les Romains commencèrent à admettre quelques relations privées avec les étrangers; le droit des gens s'y glissa sur plusieurs points. Les *Commentaires* de Gaius (livre 2), et surtout un titre des *Règles* d'Ulpien (le titre 19), nous donnent des notions précises sur cette législation au temps de ces jurisconsultes. Je vais l'examiner à cette époque. Ici nous marcherons sur un terrain plus sûr; les principes et les termes techniques nous sont donnés textuellement.

Des choses au temps de Gaius et d'Ulpien.

302. La grande division des choses que Gaius établit en commençant cette matière est celle des choses du droit divin (*res divini juris*), et choses de droit humain (*res humani juris*) (3). La première classe comprend les choses sacrées, religieuses et saintes; la seconde, les choses publiques ou privées. Cette dis-

(1) D. 10. 2. 1. f. Gaius. — Festus, verb. *Erctum*, pour les cohéritiers. — Cicer. *De leg.* 1. 21. — *Id.* Nonius, verb. *Jurgium*, pour les voisins. — (2) Ulp. *Reg.* 11. § 14. — Voir aussi tome I, *Hist.*, p. 108, 5e table, § 3. — (3) Gaius, Comm. 2. § 2.

tinction vient, comme nous l'avons prouvé, des Douze Tables. On retrouve dans ce que nous en dit Gaius les vestiges de l'état dans lequel était alors l'empire romain. Ainsi ce jurisconsulte pose encore en principe qu'une chose ne peut être rendue sacrée qu'avec l'autorisation du peuple romain (*auctoritate populi romani*) (1); mais c'est le sénat qui représente le peuple et qui autorise (*senatusconsulto facto*). De même il distingue le sol de l'Italie et celui des provinces : le sol de l'Italie est bien dans le domaine de chaque citoyen qui l'acquiert; mais le sol des provinces (à l'exception de celui qui a été admis à la participation du droit civil romain, par la concession du *jus italicum*) est dans le domaine du peuple romain pour certaines provinces (*provinciæ populi romani; prædia stipendiaria*); et dans celui de l'empereur pour les autres (*provinciæ Cæsaris; prædia tributaria*) (tom. I, *Hist.*, n° 332); quant aux particuliers qui détiennent ce sol, ils n'en ont en quelque sorte que la possession et la jouissance, à charge de payer le tribut annuel, comme une espèce de loyer. De là découlaient des différences majeures entre les biens de l'Italie et ceux des provinces (tom. I, *Génér.*, n°s 113 et suiv.). Gaius ici n'indique qu'une de ces différences : c'est qu'en Italie les propriétaires peuvent, par l'inhumation, rendre leurs terrains religieux, parce que ces terrains leur appartiennent, tandis que dans les provinces, le sol étant au prince ou au peuple, les terrains, à la rigueur, ne deviennent pas religieux par l'inhumation des particuliers; néanmoins ils sont considérés comme tels (2).

303. La deuxième division établie par Gaius est celle des choses corporelles ou incorporelles (3).

304. Enfin la troisième, celle des choses *mancipi* et des choses *nec mancipi*. Cette division est clairement exprimée dans les jurisconsultes de cette époque. « Sont choses *mancipi*, dit Ulpien, » 1° tous les héritages en Italie, soit ruraux, comme un fonds, » soit urbains, comme une maison; 2° les servitudes d'héritages » ruraux, comme les droits de passage (*via, iter, actus*), les » droits d'aqueduc et autres; 3° les esclaves et les quadrupèdes, » *quæ dorso collove domantur*, qui portent ou traînent des far- » deaux (ce qui correspond à notre mot *bêtes de somme*). Les » autres choses sont *nec mancipi*; les éléphants et les chameaux » sont dans cette dernière classe, bien qu'ils puissent être domptés » *dorso collove*, parce que, dit le jurisconsulte, de leur nature » ils sont animaux sauvages (4). » A cette énumération, faite par Ulpien, il faut joindre cette réflexion de Gaius, que les choses incorporelles sont *nec mancipi*, sauf les servitudes, non pas toutes, mais seulement celles des héritages ruraux (5). Ces dernières étaient, par exception, rangées dans la classe des *res*

(1) Cicer. *Pro domo.* — (2) Gai. Com. 2. § 1 jusqu'à 12 et 21. — (3) G. 2. § 12 à 15. — (4) Ulp. *Reg.* 19. 1. — G. 2. 15 et suiv. — (5) Gaius. 2. 17.

mancipi, probablement comme plus antiques et plus importantes, à cause de leur utilité pour l'agriculture.

L'hérédité, universalité de biens et de droits, à ce titre chose incorporelle quoique comprenant des biens corporels (et quelquefois même considérée comme personne juridique), n'était pas chose *mancipi* (1). — Cependant nous verrons que le patrimoine entier du citoyen, l'universalité de ses biens et de ses droits à venir (*familia sua, id est patrimonium suum*, dit Gaius; *familia pecuniaque*, dit la formule), avait été considéré comme susceptible de mancipation, et que l'on avait déduit de là un moyen indirect de tester (2).

Ajoutons aussi que non-seulement l'esclave, mais l'homme libre, le fils de famille, la femme *in manu viri*, étaient considérés comme *res mancipi*, puisqu'ils pouvaient être mis au pouvoir d'autrui par la mancipation.

305. Nous avons signalé dans notre *Généralisation du droit romain*, n°ˢ 115 et suiv., la relation qui existe entre cette qualité de chose *mancipi* et la participation au droit civil, au droit de la cité romaine. Aucune chose, si elle ne participe au droit civil romain, ne peut être *res mancipi;* voilà pourquoi l'*ager romanus*, dans le principe, puis le sol de l'Italie, par extension, ont eu seuls, en faits d'immeubles, ce caractère; voilà pourquoi, au temps encore de Gaius et d'Ulpien, le sol des provinces en est complétement dépourvu, si ce n'est pour les territoires auxquels le *jus italicum* a été concédé; voilà pourquoi aussi les chameaux et les éléphants, dont l'aspect seul atteste l'origine étrangère, ne sont pas *res mancipi*, bien qu'ils soient réellement bêtes de somme.

Mais nous n'admettons pas comme vraie la réciproque, c'est-à-dire que toute chose admise à la participation du droit civil romain soit par cela seul *res mancipi*. Ce serait en cela que nous considérerions comme fausse l'assimilation entière faite entre la qualité de *res mancipi* et la *participation au droit civil*. Les choses *mancipi* ne sont qu'une certaine classe de choses plus particulièrement désignées parmi celles admises à la participation du droit civil romain, et soumises à un droit spécial par suite de certaines considérations sur leur nature ou sur leur importance. Toutefois les jurisconsultes romains que nous connaissons n'indiquent aucune règle générale pour déterminer quelles sont les choses *mancipi* : ils ne procèdent qu'en en donnant l'énumération (3).

(1) GAIUS. 2. § 34. — (2) GAIUS. 2. §§ 102 et 104.

(3) On peut observer : 1° que toutes les choses *mancipi*, sans exception, sont des choses connues par les Romains des premiers temps, jusqu'à l'incorporation de l'Italie dans la cité, et comprises dans la participation au droit civil; 2° que toutes, sans exception, sont des choses qui ne se consomment pas par l'usage; mais que la réciproque de ces deux propositions n'est point vraie; 3° qu'en effet, dans cette dernière classe, on n'avait déclaré choses *mancipi* que celles qui se distinguaient spécialement les unes des autres, et qui avaient communément le plus de valeur ou d'utilité. Les raisons de ces parti-

306. Quant à la différence de droit qui existait entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, elle consistait : premièrement, en ce que les choses *mancipi* ne pouvaient être transférées en propriété par la seule tradition; il fallait nécessairement la mancipation ou tout autre moyen légal, tandis que pour les choses *nec mancipi* corporelles la tradition naturelle suffisait; secondement, en ce que les choses *mancipi* étant en général plus précieuses, leur aliénation était défendue dans plusieurs cas où celle des choses *nec mancipi* était permise. Ainsi, par exemple, les femmes, soumises à une tutelle légitime, ne pouvaient aliéner les choses *mancipi* sans l'autorisation de leur tuteur (V. tom. I, *Génér.*, n° 123, et ci-dess., n° 260) (1).

Propriété au temps de Gaius et d'Ulpien.

307. A côté du domaine romain, le seul que reconnût jadis la loi des Douze Tables, se place aujourd'hui une sorte de propriété particulière, introduite par le droit prétorien pour adoucir le droit rigoureux. « Je dois avertir, dit Gaius, que, chez les étrangers, le » domaine est un : on est propriétaire ou on ne l'est pas. Le même » droit était établi jadis chez les Romains; on était propriétaire selon

cularités sont celles-ci : 1° après l'incorporation de l'Italie, le droit de cité ne fut plus communiqué à aucun territoire, si ce n'est exceptionnellement par la concession du *jus italicum;* du reste, aucun nouvel objet ne fut mis dans la classe des choses *mancipi*, parce qu'à cette époque le droit des gens s'étant introduit, ayant adouci la législation primitive, on donna plus d'extension à la simple tradition; 2° on n'avait pris la chose *mancipi* que dans la classe de celles qui ne se consomment pas par l'usage, parce que les objets de consommation étant d'un emploi journalier, se transmettant de l'un à l'autre à chaque instant, s'appréciant d'ailleurs au nombre, au poids ou à la mesure, et non individuellement, pour ces objets les formalités de la mancipation eussent été raisonnablement impraticables; 3° parmi les choses de non-consommation, on n'avait pris que celles qui se distinguaient bien spécialement les unes des autres, parce qu'il fallait que les témoins de la mancipation pussent reconnaître la chose et attester que c'était celle qui avait été mancipée en leur présence; 4° enfin on n'avait généralement désigné que celles qui avaient le plus de valeur ou d'utilité, parce que, pour les objets moins précieux, il n'était pas nécessaire de recourir à des solennités si rigoureuses. Par ces observations, on s'explique fort bien pourquoi on ne rangeait pas parmi les choses *mancipi :* 1° les immeubles hors d'Italie, quoiqu'ils pussent avoir une grande importance; les chameaux, les éléphants, bien qu'ils fussent bêtes de somme. Restés en dehors du droit civil, le caractère de choses *mancipi* ne peut leur appartenir; 2° l'or et l'argent, bien qu'ils fussent très-précieux, puisqu'ils s'apprécient au titre et au poids; 3° les perles et les pierreries, quelle que fût leur valeur, parce qu'elles ne peuvent, en général, se bien distinguer les unes des autres; 4° les chiens, les animaux sauvages apprivoisés, etc., bien qu'ils pussent souvent se distinguer les uns des autres, et ne pas être considérés comme objets de consommation, parce que leur utilité était moins grande ou moins commune. Quant aux biens situés en province, il ne faut pas oublier non plus cette autre considération, que le sol des provinces était censé appartenir au peuple romain ou à l'empereur, et non aux possesseurs, lesquels étaient considérés comme n'ayant qu'une espèce de jouissance perpétuelle (tome I, *Génér.*, n°s 121 et suiv., 133 et suiv.).

(1) Gaius. 1. § 192. — Ulp. *Reg.* 11. § 27. — Gaius. 2. § 47.

» la loi romaine, ou bien on ne l'était pas du tout; mais ensuite » le domaine fut divisé de sorte que l'un pût avoir la propriété » romaine d'une chose, un autre avoir cette chose dans ses biens » (*in bonis habere*) (1). » Cette sorte de propriété particulière ne porte pas de nom spécial : on ne la désigne qu'en exprimant le fait; la chose est dans les biens (*in bonis*) (2). L'origine en est dans les secours accordés par le préteur à des situations où le domaine romain n'avait pas été acquis, et qui méritaient cependant équitablement protection; on pourrait la qualifier de propriété *prétorienne*.

308. Ainsi on a le domaine romain lorsque la chose a été acquise conformément aux règles du droit civil; on a simplement la chose *in bonis* lorsque le moyen par lequel on l'a acquise n'est pas au nombre de ceux que le droit civil reconnaît comme produisant la propriété. Si, par exemple, vous recevez une chose *mancipi* par la simple tradition, cette tradition, qui dans le droit primitif n'aurait produit aucun effet, amènera une situation qui, ayant été protégée par des institutions prétoriennes, a formé cette propriété secondaire, avoir la chose *in bonis* (3). Telle a été l'origine première; plusieurs autres moyens prétoriens, qui s'offriront en leur lieu, sont venus ensuite produire le même résultat.

309. Le domaine romain et la possession de la chose *in bonis* étaient bien loin de donner les mêmes droits. Lorsque le domaine romain était intact, c'est-à-dire lorsque la même personne avait la chose dans son domaine romain (*in dominio ex jure Quiritium*), et de plus dans ses biens (*in bonis*), elle avait sur cette chose les droits les plus absolus; ainsi elle pouvait : 1° en user, en percevoir tous les produits quelconques; 2° en disposer comme elle l'entendait par tous les moyens légaux, et la vendiquer dans toutes les mains où elle la trouvait. Mais lorsque la chose, passant seulement dans les biens de l'un, restait dans le domaine romain de l'autre, alors les avantages dont nous venons de parler se divisaient. Le pouvoir d'user et de percevoir tous les produits passait à celui qui avait la chose *in bonis* (4); le pouvoir de disposer et de vendiquer restait, selon le droit strict, à celui qui gardait le domaine romain; mais sous la protection de diverses institutions prétoriennes, il aurait été empêché de disposer de la chose de manière à nuire aux droits de celui qui avait la chose *in bonis*, ou de la vendiquer utilement contre lui (5). Enfin ce

(1) GAIUS. 2. § 40. — (2) *Ib.* — En grec, Théophile, *Inst.* 1. 5. 3, nomme cette sorte de propriété δεσπότης βονιτάριος, et de là les commentateurs ont fait *dominium bonitarium*. — Nous avons sur ce sujet une dissertation spéciale de notre collègue M. A. RIBÉREAU : *Théorie de l'in bonis habere*, 1867. — (3) G. 2. 41. — (4) GAI. 2. 88. — 3. 166. — (5) Nous trouvons au Digeste que si quelqu'un, ayant vendu et livré une chose sans en transférer la propriété, veut par la suite vendiquer cette chose contre l'acquéreur, celui-ci aura pour se défendre une exception (*exceptio rei venditæ et traditæ*. D. 21. 3.) Le Di-

dernier, au bout d'un certain temps de possession, en acquérait par l'usage, c'est-à-dire par cette possession, le domaine romain.

310. Je trouve dans les manumissions une application remarquable de ces principes. Ainsi celui qui a l'esclave à la fois dans son domaine romain et dans ses biens a sur cet esclave l'exercice de la puissance dominicale (1) et le droit de l'affranchir (2); celui qui a l'esclave seulement dans ses biens a sur lui l'exercice de la puissance dominicale (3), mais il ne peut l'affranchir, si ce n'est comme Latin (4); celui qui a sur l'esclave seulement le domaine romain, un autre l'ayant dans ses biens n'a sur lui ni l'exercice de la puissance dominicale (5), ni le droit de l'affranchir, soit comme Latin, soit comme citoyen (6).

311. En résumé, on voit que les droits qui résultent de ce qu'on a la chose *in bonis* ne sont pas aussi étendus que ceux du domaine complet, puisqu'ils n'entraînent pas le pouvoir de disposer civilement de la chose ou de la vendiquer, mais que ces droits sont bien loin d'être inutiles, puisqu'ils donnent la jouissance de la chose, la faculté d'empêcher le propriétaire de nuire à cette jouissance, et le droit d'acquérir le domaine romain au bout d'un certain temps.

Manière d'acquérir et de transmettre le domaine romain et la possession in bonis, *au temps de Gaius et d'Ulpien.*

312. Puisqu'à cette époque il existe en quelque sorte deux espèces de propriétés, nous avons à examiner les moyens d'acquérir chacune d'elles : il nous faut voir comment on acquiert la possession *in bonis* et le domaine romain.

Le moyen originaire et principal qui fasse avoir les choses simplement *in bonis* est la tradition naturelle appliquée aux objets *mancipi* (7). Nous laisserons ici de côté divers autres modes de droit prétorien à examiner plus tard, et nous passerons à l'acquisition du domaine romain.

313. Les moyens naturels, tels que l'occupation, la réunion d'une chose comme accession à une autre, sont longuement développés par les jurisconsultes; parmi eux se range la tradition, dans certains cas (8).

« La tradition, dit Ulpien, est un mode d'aliénation propre aux choses *nec mancipi* (9). » En effet, appliquée à ces choses, elle en donne le domaine romain; tandis qu'appliquée aux choses *mancipi*, elle les met simplement *in bonis*. La tradition n'exige aucune

---

geste ne parle et n'a pu parler que du cas où le vice primitif de la vente vient de ce que le vendeur, au moment où il a vendu, n'était pas propriétaire; mais on peut affirmer que jadis il en était de même lorsque le vice consistait en ce qu'il n'y avait pas eu la *mancipation* ou l'*in jure cessio* exigées.

(1) Gai. 1. 54. — (2) G. 1. 17. — (3) G. 1. 54. — (4) Ulp. *Reg.* 1. § 16. — (5) G. 1. 54. — (6) Veter. Jurecons. Frag. de manum. § 11. — (7) Gaius. 2. 41. — (8) Gaius. 2. 65. — (9) Ulp. *Reg.* 19. 7.

solennité; elle peut avoir lieu même avec les étrangers, puisqu'elle est du droit des gens; elle ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles, qui seules sont susceptibles d'être livrées; pour transférer la propriété, elle doit être faite par le véritable propriétaire, capable d'aliéner, et pour une juste cause, c'est-à-dire pour une cause emportant intention de transférer la propriété, et conforme au droit, par exemple, pour cause de vente, de donation (1).

314. Quant aux moyens civils, ce sont : la mancipation, l'usucapion, la cession *in jure*, l'adjudication, la loi. C'est dans Ulpien que je prends cette énumération, qui toutefois n'est probablement pas complète (2).

315. *De la mancipation* (*mancipatio*). Cet acte est celui qui, dans la législation des Douze Tables, se nommait *mancipium*. Aujourd'hui il a pris le nom de *mancipatio, venditio per æs et libram*, et le mot *mancipium* n'exprime plus que le droit produit par la mancipation; ce mot est même plus spécialement consacré à désigner le pouvoir sur l'homme libre acquis de cette manière (V. ci-dessus, n° 153). La mancipation ne peut avoir lieu qu'entre les citoyens romains, les Latins des colonies, les Latins Juniens, et ceux des étrangers auxquels on a donné le *commercium*, c'est-à-dire le droit d'acheter et de vendre (3). Elle se fait par des paroles solennelles, en présence du porte-balance (*libripens*) et de cinq témoins, tous citoyens et pubères. Gaius nous en expose les formalités : celui qui reçoit *in mancipio*, par exemple un esclave, tenant cet esclave, dit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA; à ces mots, il frappe la balance avec le métal qu'il donne en guise de prix à celui de qui il reçoit la chose (4). L'acte est, de plus, accompagné de paroles solennelles qui expriment les conventions particulières que les parties attachent au contrat. Pour la mancipation des choses mobilières, il faut que ces choses soient présentes, et l'on ne peut en manciper qu'autant qu'il est possible d'en saisir avec la main; quant aux immeubles, il n'est pas nécessaire qu'ils soient en présence des parties, et on peut en manciper plusieurs à la fois (5). La mancipation est un mode d'aliénation exclusivement propre aux choses *mancipi*. Toutefois, je crois raisonnable de

(1) GAIUS. 2. 19 et 20. — (2) « Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege. » — Varron, qui écrivait peu de temps après Cicéron, exprime ainsi les différents moyens d'acquérir : « In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt : si hereditatem justam adiit (venditor); si, ut debuit, mancipio ab eo accepit a quo jure civili potuit; aut si in jure cessit cui (qui) potuit cedere, et id, ubi oportuit; aut si usucepit; aut si e præda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit » (VARR. *De r. r.* 2. 10). Il n'entre pas dans les bornes de cet ouvrage de signaler et de commenter les différences qui paraissent exister entre Varron et Ulpien (Voir là-dessus tome I, *Généralis.*, n°s 229 et suiv.). — (3) ULP. *Reg.* 19. §§ 3 et 4. — (4) GAIUS. 1. 119. — (5) ULP. *Reg.* 19. 6.

penser que, si on l'avait employée pour des choses *nec mancipi*, cet acte, inutile et nul comme mancipation à l'égard de ces choses, n'empêcherait pas cependant, si la chose était mise en la possession de l'acquéreur, qu'il n'y eût, dans le fait, tradition, et par suite translation de propriété. La tradition n'en serait même que plus patente et plus incontestable, puisqu'elle se trouverait attestée par des témoins (1); mais ce ne serait pas la mancipation, ce serait la tradition dont elle aurait été suivie qui ferait acquérir; et il faut remarquer à ce sujet que la mancipation et la tradition sont deux choses distinctes, et que la première n'emporte pas la seconde forcément et par elle-même (2).

316. *De l'usucapion* (*usucapio*). C'est le moyen civil d'acquérir qui, dans les Douze Tables, portait le nom de *usus auctoritas*. L'usucapion, dit Ulpien, est l'acquisition de la propriété par une possession continue d'un an ou de deux ans (*dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*) : d'un an pour les choses mobilières, de deux ans pour les immeubles. Elle s'appliquait aux choses *mancipi* et aux choses *nec mancipi* (3); elle avait lieu dans deux cas, savoir : le premier, qui était commun aux choses *mancipi* et *nec mancipi*, lorsque, de bonne foi, on avait reçu une chose de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire (dans ce cas, on n'avait reçu que la possession de cette chose; mais, après le temps voulu pour l'usucapion, le domaine romain était acquis); le second, qui était propre exclusivement aux choses *mancipi*, lorsqu'on avait reçu une de ces choses par la simple tradition, sans l'intervention d'aucun mode légitime d'acquérir. Alors la chose était seulement entrée *in bonis*; mais après le temps voulu pour l'usucapion, le domaine romain était encore acquis. Ici l'usucapion a pour effet de transformer la possession *in bonis* en domaine romain (4). L'usucapion ne s'appliquait pas aux immeubles des provinces : ces immeubles, qui ne jouissaient pas du droit civil, ne pouvaient pas s'acquérir en propriété; mais d'après les édits des présidents, une possession de dix ou vingt ans donnait à leur égard une prescription, moyen de se faire maintenir en possession (5).

---

(1) C'est ainsi que Pline, voulant peindre le prix qu'on attachait à certaines grosses perles nommées *uniones*, après avoir dit qu'on les conserve presque à perpétuité, qu'on les transmet à ses héritiers, ajoute qu'on les mancipe, comme on ferait pour un fonds de terre (*in mancipatum venit, ut prædium aliquod*) (Pl. *Hist. nat.*, liv. 9. c. 35. *in fin.*). Cependant ces perles n'étaient pas *res mancipi*. Voy. pourtant Cic. *Top.* 10. — (2) G. 2. §§ 204 et 413. — Vat. J. R. § 313. — (3) Ulp. *Reg.* 19. 8. — (4) Gaius. 2. §§ 41. 42 et 43.

(5) Gaius. 2. 46. Il est facile de se rendre compte du fait. Les préteurs de ces provinces étaient chargés de les régir par un droit qu'ils publiaient dans leurs édits, et qu'ils composaient d'usages locaux, de quelques lois romaines et des principes du droit des gens. Ils admirent dans les provinces l'acquisition des meubles par un an de possession, parce qu'elle n'était pas contraire à l'équité, et que d'ailleurs les meubles, en quelque lieu qu'ils fussent, pouvaient

317. Il était un cas où l'usucapion prenait un caractère et un nom particuliers ; le voici : quelquefois on mancipait ou l'on cédait *in jure* sa chose, avec fiducie (*cum fiducia*), c'est-à-dire avec des paroles au moyen desquelles celui qui la recevait s'obligeait à la rendre dans un cas déterminé. Nous en avons vu un exemple dans l'émancipation des enfants (ci-dess., n° 166); cela arrivait encore lorsqu'on cédait la chose à un créancier pour sûreté de ses droits, ou à un ami, parce que la chose serait mieux conservée chez lui (1). Quand un pareil acte avait eu lieu, si celui qui avait aliéné sa chose avec contrat de fiducie venait à la posséder une année, qu'elle fût mobilière ou immobilière, il en reprenait la propriété par cette possession. Cette espèce particulière d'usucapion se nommait *usureceptio*, reprise de la propriété par l'usage, c'est-à-dire par la possession (2).

318. *De la cession in jure* (*in jure cessio*). La cession *in jure* est un mode civil d'aliénation qui produit le même effet que la mancipation (3); elle s'applique aux choses *mancipi* comme aux choses *nec mancipi*. Déjà nous en avons fait connaître le caractère (tom. I, *Génér.*, n° 121 et suiv., et ci-dess., n° 298); elle n'est que le simulacre d'une action de vendication ; elle exige trois personnes présentes : celui qui cède la chose (*in jure cedens*), celui qui vendique (*vindicans*), celui qui déclare la propriété (*addicens*). Celui qui cède, c'est le maître; celui qui vendique, c'est la personne à qui l'on cède; celui qui déclare la propriété, c'est le préteur, et dans les provinces le président (4). S'agissait-il, par exemple, d'un esclave, celui à qui on le cédait disait en le tenant : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*, et il remplissait les autres formalités de la vendication ; après quoi le préteur demandait au cédant si, de son côté, il ne vendiquait pas l'esclave. Sur sa négation ou sur son silence, aucun renvoi devant un juge n'étant nécessaire, puisqu'il n'y avait pas contestation, le préteur, prononçant lui-même et disant le droit (*jus dicens — addicens*), déclarait la chose appartenir à celui qui l'avait vendiquée. On voit d'où vient à cet acte la dénomination (que je ne crois pas du reste primitive) de *in jure cessio*, parce que les parties sont, non pas en instance devant un juge (*in judicio*), mais seulement devant le magistrat chargé d'indiquer le droit (*in*

jouir du droit civil et être dans le domaine des citoyens, mais quant aux immeubles qui ne pouvaient être la propriété des particuliers, puisque le sol provincial ne jouissait pas du droit civil et était censé appartenir au peuple ou à César, l'usucapion par deux ans, toute romaine et très-rigoureuse, était inapplicable; les présidents la remplacèrent par une institution prétorienne avec un laps de temps plus équitable.

(1) Outre Gaius, dans lequel je puise ces détails, je trouve encore Cicéron qui parle de la fiducie : il cite comme devant garder une entière fidélité celui qui a reçu quelque chose avec fiducie : « Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, *si qui fiduciam acceperit*, » etc. (CICER. *Top.* 10.) — (2) G. 2. 59 et suiv. — (3) G. 2. 22. — (4) ULP. *Reg.* 19. 9 et suiv.

jure). On voit aussi d'où vient l'expression *addicere*, attribuer la chose en disant le droit (1). C'est là, dit Gaius, une action de la loi (*legis actio*), c'est-à-dire l'application d'une action de la loi; car, bien que cette cession ne fût qu'un moyen d'aliénation, elle se faisait par le simulacre d'une action de la loi (l'action *per sacramentum*), avec les formalités de la vendication, par conséquent devant les magistrats du peuple (*magistratus populi*), ceux devant qui devaient être portées les actions. La cession *in jure* n'était pas d'un usage aussi fréquent que la mancipation, car il était assez inutile de recourir au préteur ou au président de la province pour faire, avec plus de difficulté, une aliénation qu'on pouvait faire par soi-même, en présence de ses amis (2). Cependant ce qui forçait dans bien des cas à employer la cession *in jure*, c'était que ni la tradition ni la mancipation ne pouvaient s'appliquer aux choses incorporelles (à l'exception des servitudes rurales), tandis qu'on pouvait céder *in jure* ces choses, par exemple, un usufruit, une hérédité, la tutelle légitime, la liberté (3). Ainsi, nous avons déjà vu la cession de la tutelle légitime (n° 257), celle de la qualité de père pour opérer l'adoption (n° 133), celle de la liberté pour opérer l'affranchissement (n° 58). Il est à remarquer cependant que les créances ne pouvaient être cédées *in jure*; elles étaient encore moins susceptibles de tradition ou de mancipation. Nous verrons plus tard, en traitant des obligations, par quels moyens on pouvait en transporter l'avantage à un autre (4).

319. *De l'adjudication* (*adjudicatio*). Ce que nous en avons dit (tom. I, *Génér.*, n°s 229 et 271; ci-dessus, 299) donne l'idée première. Il faut remarquer qu'ici les parties sont, non pas *in jure*, devant le magistrat, mais *in judicio*, devant le *juge*. Aussi ce dernier n'attribue pas la propriété en disant le droit (*non addicit*), mais il la donne en jugeant (*adjudicat*). Ce pouvoir, conféré au juge par la législation romaine, d'adjuger, c'est-à-dire de faire passer la propriété de l'une des parties à l'autre, est chose caractéristique et digne d'être remarquée. A l'époque historique que nous examinons, c'est-à-dire au temps de Gaius et d'Ulpien,

(1) La décomposition étymologique du mot *addicere* en fixe clairement le sens. — *Ad*, particule de direction, d'attribution, qui indique la direction donnée à la chose, l'attribution qui en est faite; *dicere*, le moyen employé, en *disant* le droit. De même dans *adjudicare* : *ad*, direction, attribution de la chose; *judicare*, le moyen, en jugeant. — Voici toutefois l'explication que donne Festus sur ce mot : « Addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo. »

(2) Gaius. 2. 24 et suiv. — *Id.* 4. § 16.

(3) « In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus, et tutela » legitima, *et libertas* » (Ulp. *Reg.* 19. 11). S'il restait quelques doutes sur le mode d'affranchissement par la vindicte, ce dernier mot d'Ulpien suffirait pour les dissiper, et pour convaincre que cet affranchissement n'était que la cession *in jure* de la liberté. Il est vrai que quelques éditions d'Ulpien ne portent pas ce mot; on lit à la place : *et tutela legitima libertæ;* erreur évidente, car ce n'était pas seulement la tutelle de l'affranchie qu'on pouvait céder *in jure*, mais toute tutelle légitime de femme (n° 257). — (4) Gaius. 2. 38.

la procédure par formules étant en vigueur, il s'agit d'un juge nommé aux parties par le magistrat, et investi de ses pouvoirs par la formule (1). Les formules qui, entre autres facultés, lui confèrent celle d'adjuger, sont au nombre de trois : celles pour le partage d'une hérédité (*per formulam familiæ erciscundæ*); pour celui d'une chose commune (*per formulam communi dividundo*); pour la fixation des limites (*per formulam finium regundorum*). Ce moyen d'acquérir le domaine romain est, comme les deux précédents, commun tant aux choses *mancipi* qu'aux choses *nec mancipi* (2).—Malgré ce sens technique des mots *adjudicare, adjudicatio,* on les trouve quelquefois, quoique bien rarement, employés pour désigner l'effet ordinaire d'une sentence (3).

320. *De la loi* (*lex*). La loi est citée spécialement par Ulpien comme un moyen d'acquérir commun aux choses *mancipi* et *nec mancipi*. Cet auteur donne pour exemples : le *legs* (celui *per vindicationem*) en vertu de la loi des Douze Tables, et le *caducum,* c'est-à-dire cette partie d'une libéralité testamentaire qui, étant faite à une personne non mariée ou sans enfants, en vertu de la loi PAPIA POPPÆA devenait caduque (*caducum*), et pouvait être vendiquée par les autres héritiers ou légataires qui avaient des enfants. Ulpien cite encore, sur la même ligne, l'*ereptorium,* c'est-à-dire la libéralité testamentaire qui est enlevée, pour cause d'indignité, à la personne à qui elle était faite, et attribuée par la loi soit à une autre personne, soit au fisc (tom. I, *Hist.,* n°° 371 et suiv.) (4).

Quant au legs, nous verrons plus loin qu'il y avait des distinctions à faire, selon les termes dans lesquels il avait été fait.

321. Tels étaient les moyens civils d'acquérir la propriété des objets particuliers. Nous ne parlons pas encore des moyens d'acquérir une masse universelle de biens : ce sera plus tard, en étudiant les successions, que nous développerons ce sujet. Peut-être trouvera-t-on un peu long ce préliminaire; mais on ne tardera pas à se convaincre qu'il était indispensable. Il nous conduit naturellement à examiner ce qu'était devenu, à l'époque de Justinien, le système du droit relatif aux choses, et là nous attend le spectacle d'un changement presque complet et de la disparition définitive des anciens principes.

Des choses, d'après les Instituts de Justinien.

Superiore libro de jure personarum exposuimus; modo videamus de rebus quæ vel in nostro patrimonio vel extra patrimonium nostrum habentur. Quæ-

Dans le livre précédent, nous avons exposé le droit quant aux personnes. Venons-en maintenant aux choses; elles sont ou dans notre patrimoine, ou hors

(1) On peut, par analogie de ce qui avait lieu quant à l'usufruit (VATIC. J. R. FRAG. § 47), être porté à supposer que ce mode d'acquisition était restreint aux *legitima judicia.* (V. liv. IV. *Des actions légitimes.*) — (2) ULP. *Reg.* 19. 16. — (3) DIG. 20. 1. *De pignor.* 16. § 5. f. Marc. — 20. 4. *Qui potior.* 12. pr. f. Marc. — (4) ULP. *Reg.* 19. § 17.

dam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique adquiruntur sicut ex subjectis apparebit.

de notre patrimoine. En effet, les unes sont, par le droit naturel, communes à tous, d'autres publiques, d'autres à des corporations, d'autres à personne, la plupart à des particuliers. Ces dernières peuvent être acquises à chacun de plusieurs manières, comme on le verra ci-après.

322. La division des choses que les Commentaires de Gaius et le Digeste présentent comme la principale est celle des choses de droit divin et des choses de droit humain (1). Mais les rédacteurs des Instituts de Justinien, laissant de côté cette distinction, dont ils ne parleront que d'une manière accessoire, divisent d'abord les choses en *choses hors de notre patrimoine*, ou *dans notre patrimoine*.

Sont *hors de notre patrimoine*, premièrement, les choses qui appartiennent à des masses en commun, mais qui ne sont à personne en particulier (*res publicæ*, en général); secondement, celles qui ne sont réellement à personne (*res nullius*).

Sont *dans notre patrimoine*, les choses qui appartiennent à des particuliers (*res privatæ*, *res singulorum*).

Le mot *res* est général, et s'applique à toutes ces choses également; les expressions *bona*, *pecunia*, sont spéciales, et s'appliquent seulement aux choses dans notre patrimoine (2).

323. *Des choses qui appartiennent à des masses en commun, mais qui ne sont à personne en particulier.* Toutes ces choses reçoivent souvent des jurisconsultes la dénomination de *res publicæ*, prise en général. C'est ce que prouvent les Commentaires de Gaius et plusieurs fragments du Digeste (3). Mais plus spécialement, elles se divisent en trois espèces : les choses dont l'usage est commun à tout le monde (*res communes*); les choses qui appartiennent au peuple (*res publicæ*, proprement dites); les choses qui sont à des corporations (*res universitatis*). Quoique toutes ces choses soient à des masses en commun, elles ne sont à personne en particulier; aussi les considère-t-on comme hors de notre patrimoine : « Nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur (4). »

1. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen villis, et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

1. Suivant le droit naturel, sont communs à tous : l'air, l'eau courante, la mer, et par suite ses rivages. L'accès du rivage de la mer n'est donc interdit à personne, pourvu qu'on s'abstienne de toucher aux maisons de campagne, aux monuments, aux édifices; car ces objets ne sont point, comme la mer, du droit des gens.

324. Les choses communes ne sont réellement à personne en

(1) Dig. 1. 8. 1. — (2) D. 50. 16. 5. f. Paul. — (3) D. 1. 8 1. f. Gaius. — 41. 1. 14. f. Nerat. — 50. 16. 17. f. Ulp. — (4) D. 1. 8. 1. f. Gaius.

propriété; mais chacun peut en user, ou même en extraire et s'en approprier les éléments. C'est la nature même de ces choses qui les range dans cette classe : ainsi il est physiquement impossible à qui que ce soit d'être propriétaire de la mer, de l'air, du soleil ou des étoiles; mais chacun jouit des avantages que procurent ces objets, chacun même s'approprie l'eau salée qu'il puise dans la mer, la quantité d'air qu'il respire, les rayons du soleil qu'il absorbe, et acquiert réellement la propriété de ces fragments, lorsqu'ils en sont susceptibles par leur nature.

325. Quant aux rivages de la mer, quelques observations sont nécessaires. On entend par là non pas tous les terrains adjacents, mais seulement les bords sur lesquels s'étendent les flots le plus loin élancés; cette partie, en effet, les vagues l'arrachent au pouvoir de l'homme. Celse néanmoins pensait que les rivages qui se trouvent dans l'empire romain sont au peuple romain (1). Mais telle n'était pas l'opinion généralement adoptée; car les rivages, tels que nous les avons définis, ne sont pas dans le territoire de l'empire, ils forment la ligne où s'arrête le territoire. Il est vrai que le peuple a le droit, pour défendre son territoire, de veiller sur la côte, de s'opposer aux envahissements du rivage, et c'est dans ce sens seulement qu'il faut entendre la phrase de Celse. En considérant en masse les rivages de la mer, on voit que, de même que la mer et toutes les choses communes, ils ne sont et ne peuvent être la propriété de personne; mais sur le rivage, comme sur toutes les autres choses communes dont la nature le permet, on peut prendre des fragments que l'on s'approprie. Aussi de nombreuses lois consacrent au Digeste ce principe, que les constructions jetées sur les rivages ou dans la mer sur pilotis appartiennent à ceux qui les ont élevées. Pour les élever, il faut obtenir un décret du préteur, qui ne donnera son autorisation qu'autant qu'elles ne devront nuire en rien ni à l'usage commun ni à l'utilité privée (2). Si l'on a construit sans autorisation, toute personne à qui les constructions peuvent nuire a le droit d'agir contre celui qui les a élevées (3). Mais, par suite de cette maxime romaine, qu'il faut le moins possible faire démolir des édifices, on ne fera abattre ces constructions que s'il y a absolue nécessité pour l'usage public; sinon on se contentera de condamner le constructeur à des dommages-intérêts, ou même à une redevance annuelle (4).

326. Toutes les fois qu'on s'est emparé des fragments d'une chose commune, la propriété dure tant que ces fragments ne retournent pas à leur première nature. Mais, si l'on rejette dans le courant l'eau qu'on y avait puisée, si les constructions jetées dans la mer s'écroulent, si l'édifice construit sur le rivage est détruit, tout

(1) D. 43. 8. 3. f. Cels. — (2) D. 43. 8. 3 et 4. — 1. 8. 5. f. Gaius. — 41. 1. 14. f. Nerat. et 50. f. Pomp. — (3) Le préteur donne contre le constructeur un *interdit utile* (D. 43. 8. 2. § 8. f. Ulp.). — (4) D. *Ib.* § 17.

droit de propriété disparaît, et ces fragments, rendus à leur premier état, redeviennent communs. Il en est d'eux, sous ce rapport, comme nous le verrons des animaux sauvages revenus à leur première nature (1).

II. Flumina autem omnia, et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

2. Tous les fleuves et les ports sont publics; par conséquent, le droit d'y pêcher est commun à tous.

327. Nous avons vu que, dans un sens général, les jurisconsultes romains appelaient fort souvent choses publiques les choses communes à tout le monde, ou même celles qui appartiennent aux cités; mais, dans le sens propre du mot, les choses publiques sont celles dont la propriété est au peuple : « *Sola enim ea publica sunt quæ populi romani sunt* (2). » Parmi ces choses, outre celles que cite le texte, se rangent encore les voies prétoriennes ou consulaires, et les places, les champs, les lacs, les étangs dont la propriété est au peuple (3).

Le caractère essentiel des choses publiques, c'est que, bien que la propriété en soit au peuple, l'usage en est commun à tous. Aussi voyons-nous le préteur défendre par un *interdit* que personne soit empêché de naviguer sur un fleuve ou sur un lac public, d'aborder, de décharger sur la rive (4). Mais il n'était jamais permis de construire sur un terrain public, si cela devait nuire à l'usage public ou aux particuliers. Aussi le préteur avait-il rendu sur cette matière plusieurs interdits. Nous en trouvons un par lequel il défend généralement de rien faire dans un lieu public qui puisse porter préjudice à qui que ce soit (5); plusieurs interdits particuliers portent la même défense, spécialement pour les voies publiques (6). Il en est de même pour les fleuves publics : le préteur défend qu'on fasse rien qui puisse nuire à la navigation, à la station des bateaux, ou qui puisse changer le cours des eaux (7). Les constructions qui ne nuisaient en rien n'étaient pas défendues; toutefois, avant de les élever, on devait en obtenir l'autorisation de l'empereur (8).

328. On donnait aussi le nom de choses publiques à certaines choses qui étaient la propriété du peuple; tels étaient certains esclaves (*servi populi romani*), les mines (*metalla*), les champs (*agri vectigales*), ou les autres objets que le peuple donnait à loyer pour en percevoir un revenu (*vectigal*) et qui se nommaient

(1) D. 1. 8. 6. f. Marci. — 41. 1. 14. § 1. f. Nerat. — (2) D. 50. 16. 15. f. Ulp. — (3) D. 43. 8. 2. §§ 3. 21. 22. f. Ulp. — D. 43. 14. — (4) D. 43. 14. *Ut in flumine publico navigare liceat.* — (5) D. 43. 8. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.* Loi 2. f. Ulp. — (6) D. 43. 8. 2. §§ 20. 35 et 45. f. Ulp. — (7) D. 43. tit. 12 et 13. *De fluminibus. Ne quid in flumine publico, ripave ejus fiat, quo pejus navigetur... quo aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit.* — (8) D. 39. 2. 24. f. Ulp. — 43. 12. 1. § 12. f. *ejusd.* — 43. 8. 2. §§ 10 et 16.

à cause de cela *vectigalia publica* (1), enfin, le trésor du peuple (*ærarium*). Mais ces objets différaient beaucoup de ceux que nous avons d'abord examinés : ceux-ci étaient publics et leur usage commun à tout le monde; les autres étaient, à proprement parler, dans le patrimoine du peuple (*in patrimonio populi*) (2). Quant au trésor du prince et à tous les biens qui le composaient (*fiscus*), la différence est encore plus marquée (3).

III. Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.

3. Le rivage de la mer va jusqu'où les vagues d'hiver les plus hautes s'avancent.

On dit au Digeste que ce fut Cicéron qui, étant arbitre, donna le premier cette définition; mais Cicéron l'attribue à Aquilius (4).

IV. Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare : sed proprietas earum illorum est quorum prædiis hærent : qua de causa, arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt.

4. L'usage public de la rive est aussi du droit des gens, comme celui du fleuve même. Il est donc libre à chacun d'y faire aborder des navires, d'amarrer des câbles aux arbres qui y croissent, d'y déposer des fardeaux, aussi bien que de naviguer sur le fleuve. Mais la propriété de ces rives est aux maîtres des terrains adhérents ; et, par conséquent aussi, la propriété des arbres qui y croissent.

329. *Usus publicus est.* Il faut bien remarquer la différence qui existe entre la rive d'un fleuve et les autres choses publiques ; la rive appartient en propriété non pas au peuple, mais aux propriétaires riverains. Il n'y a donc que l'usage de cette rive qui soit public; aussi le texte dit-il ici *usus publicus est juris gentium*. Les conséquences de ce que l'usage de la rive est public sont que chacun peut se servir de cette rive pour naviguer, passer, se reposer, etc.; les conséquences de ce que la propriété est aux riverains sont que ces riverains seuls ont le droit de couper les joncs et les herbes, de tailler les arbres, de prendre les fruits, etc. Mais ils ne pourraient pas faire de travaux qui nuisissent à l'usage public (5). Réciproquement, personne ne pourrait nuire à leur propriété; et, par exemple, celui qui construirait sur la rive ne deviendrait pas propriétaire des constructions (6).

V. Littorum quoque *usus publicus* juris gentium est, sicut ipsius maris; et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere in qua se recipiant, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse cu-

5. Pareillement l'usage des rivages est public et du droit des gens, comme celui de la mer même; par conséquent, il est libre à chacun d'y construire une cabane pour se mettre à l'abri, comme d'y sécher ses filets, de les retirer du sein de l'eau. Quant à la propriété de

(1) D. 50. 16. 17. § 1. f. Ulp. — (2) 41. 1. 14. f. Nerat. — (3) D. 43. 8. 2. § 4. f. Ulp. — (4) D. 50. 16. 96. f. Cels. — Cic. *Top.* 7. — (5) D. 43. tit. 12 et 13. — (6) « Qui autem in ripa fluminis ædificat non suum facit. » D. 41. 1. 15. f. Nerat.

jus et mare, et, quæ subjacet mari, terra vel arena.

ces rivages, on peut dire qu'elle n'appartient à personne, mais qu'elle est du même droit que la mer, et la terre ou le sable que la mer recouvre.

VI. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, et si qua alia sunt communia civitatum.

6. Sont à une corporation, et non à des particuliers, les objets qui sont dans les cités, tels que les théâtres, les stades et autres semblables, enfin toutes les choses qui appartiennent en commun aux cités.

330. On donne le nom de *universitas* à toute réunion de personnes formant une corporation, une sorte de personne légale. Il n'est pas libre à tout le monde de se former ainsi en corps (*corpus habere*); les lois, les sénatus-consultes, les constitutions le défendent (1). Toute corporation doit être ou établie ou autorisée par une loi, un sénatus-consulte ou une constitution. Parmi ces corporations se rangeaient les cités, dont parle ici notre texte (*civitas, municipium*), les curies (*curia*), les associations de certains métiers, comme le collége des boulangers (*collegium pistorum*), des patrons de navires (*collegium naviculariorum*), etc. Ces corporations pouvaient posséder, être propriétaires, contracter, agir en justice (2). Les choses qui leur appartenaient doivent être distinguées en deux espèces bien différentes. Les unes, bien qu'elles fussent la propriété commune de tous les membres réunis, n'étaient pas livrées publiquement à l'usage de chacun. L'argent, les créances, les esclaves de la communauté par exemple, n'étaient pas au service ou à la disposition de chaque membre; ces choses étaient, à proprement parler, dans le patrimoine de la corporation (*in patrimonio universitatis*) (3). Les autres étaient à l'usage commun des membres, et quelquefois même des étrangers; tels étaient les stades ou lieux destinés aux exercices de la course, les théâtres, les bains publics des cités. Ce sont ces objets que les Instituts désignent ici sous le nom de *res universitatis*.

331. *Des choses qui ne sont réellement à personne* (*res nullius*). Ces choses sont : premièrement, celles dont l'homme ne s'est pas emparé ou qu'il a entièrement abandonnées (4); secondement, celles qui sont retirées du commerce des hommes et qu'on nomme choses de droit divin, *res divini juris*.

332. Quant aux premières, ce sont : les objets que le propriétaire rejette parce qu'il n'en veut plus (5); les animaux sauvages, leurs produits, les coquillages, les algues marines, les îles nées dans la mer, etc. On dit quelquefois que ces choses sont communes, parce que, le premier qui s'en empare en devenant propriétaire,

(1) D. 3. 4. *Quod. cuj. universitatis nomine, vel contra eam agatur*. 1. f. Gaius. — (2) D., même titre. — (3) *Ib*. 7. § 1. — D. 1. 8. 6. § 1. f. Marci. — (4) Gaius range aussi dans cette classe les successions que l'héritier n'a pas encore acceptées (D. 1. 8. 1. f. G.); en effet, tant que l'acceptation n'est pas faite, elles ne sont dans les biens de personne. — (5) *Infrà*, § 47.

elles sont ouvertes à l'occupation de chacun; Nératius dit même que les rivages de la mer ne diffèrent pas sous ce rapport des poissons et des animaux sauvages (1). Cependant il faut remarquer une différence immense. Les choses communes, proprement dites, ne sont à personne, et ne peuvent jamais être à personne quant à la propriété; c'est leur usage seul qui est commun, et si l'on s'en approprie quelque chose, ce ne sont que des fragments, comme l'eau qu'on puise dans la mer, le fragment du rivage sur lequel on bâtit. Au contraire, les animaux sauvages sont susceptibles d'être acquis en entier aux particuliers, et de devenir réellement choses privées. Ce que Nératius semble dire de tous les rivages, il faut donc l'entendre seulement des fragments de rivage que l'on peut occuper.

333. Quant aux choses de droit divin, elles se divisent en choses sacrées (*sacra*), religieuses (*religiosa*), saintes (*sancta*). Elles sont toutes retirées du commerce, et ne peuvent, en général, devenir la propriété de personne.

VII. Nullius autem sunt res sacræ, et religiosæ, et sanctæ; quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

7. Sont choses *nullius* les choses sacrées, religieuses et saintes; car ce qui est de droit divin n'est dans les biens de personne.

VIII. Sacræ res sunt quæ rite per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ, et dona quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt; quæ etiam *per nostram constitutionem* alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ sunt edificatæ, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.

8. Les choses sacrées sont celles qui ont été solennellement consacrées à Dieu par les pontifes: tels sont les édifices sacrés, et les offrandes solennellement dédiées au culte de Dieu, objets que, *par notre constitution,* nous avons défendu d'aliéner ou d'engager, si ce n'est pour le rachat des captifs. Mais si, de sa propre autorité, quelqu'un se constitue une chose comme sacrée, elle n'est réellement pas sacrée, mais profane. Lorsqu'un édifice sacré est détruit, le terrain sur lequel il était élevé reste toujours sacré, comme l'a écrit Papinien lui-même.

334. Mon intention n'est point ici de développer, à l'occasion des choses sacrées, les coutumes religieuses des Romains qui se lient à cette doctrine. Je rappellerai seulement qu'il faut distinguer sur cet objet deux époques bien séparées : celle où le paganisme régnait dans l'empire; et celle qui commence à Constantin, où la religion chrétienne devint la religion de l'Etat. Dans la première époque, les choses sacrées étaient celles qui étaient dévouées aux dieux supérieurs, et c'est ainsi que s'exprime Gaius : *Sacræ sunt quæ diis superis consecratæ sunt* (2). C'étaient les prêtres des différents dieux qui faisaient la consécration, le rite était païen; chaque famille avait ses choses sacrées qui lui étaient propres, et

(1) D. 41. 1. 14. f. Nerat. — (2) Gai. 2. 4.

des sacrifices qui lui étaient imposés; ces choses sacrées et l'obligation à ces sacrifices se transmettaient à perpétuité d'héritier en héritier. Dans la seconde époque, c'est à Dieu que les choses sont consacrées par des prêtres chrétiens avec les cérémonies chrétiennes. Mais dans l'une et dans l'autre, la consécration d'un lieu, d'un édifice ne peut se faire qu'en vertu d'une loi. Ainsi, d'abord il fallait l'autorisation du peuple, puis celle du sénat, enfin celle de l'empereur (1). Ulpien nous dit qu'un lieu est sacré lorsque le prince l'a dédié, ou a permis de le dédier (2). En effet, du temps d'Ulpien, le prince pouvait encore, comme empereur et comme souverain pontife, autoriser et faire la consécration. Ce que nous venons de dire suffit pour faire voir que la consécration était un acte d'institution publique, autorisé par le pouvoir législatif, de sorte que les particuliers ne pouvaient pas, de leur seule volonté, se faire des choses sacrées (*publice consecratæ sunt, non privatè*).

335. Les choses sacrées étaient retirées du commerce des hommes; elles n'étaient susceptibles d'aucune estimation (3); elles ne pouvaient être ni vendues (4), ni engagées, ni acquises par l'usage (5); elles ne pouvaient faire l'objet d'aucune stipulation (6). Un interdit du préteur défendait de nuire d'une manière quelconque à un lieu sacré : *in loco sacro facere, inve eum immittere quid veto* (7); et de plus, par respect pour la religion, toutes les constructions qu'on y aurait élevées devaient être abattues (8). Le sacrilége était puni de peines très-sévères, quelquefois de la condamnation aux bêtes féroces, aux mines, ou à la déportation (9).

Per nostram constitutionem. Nous trouvons au Code la constitution à laquelle Justinien fait allusion. Elle est relative aux vases, aux vêtements et à tous les autres objets mobiliers consacrés au culte. Justinien, répétant en cela une règle toujours observée, défend d'aliéner ces choses sacrées, permet aux évêques et aux autres personnes de les réclamer dans toutes les mains; si elles ont été fondues, de s'en faire rendre les restes, ou, s'il est possible, le prix. Il permet cependant l'aliénation de ces choses pour le rachat des captifs et pour la nourriture des pauvres en temps de famine (10). Dans une novelle il étend cette permission au cas où des vases ou autres objets superflus seraient vendus pour acquitter les dettes de l'Église. Mais il n'y a aucune exception pour les immeubles (11).

---

(1) Voyez, à l'occasion des choses sacrées, ce que nous avons dit des adoptions (n° 132); voyez Cicer. *De legibus*, liv. 2; voyez aussi les discours de cet orateur plaidant pour se faire rendre sa maison, qu'on avait consacrée sans l'autorisation reelle du peuple. (Cic. *Pro domo.*) — (2) D. 1. 8. 9. § 1. f. Ulp. — (3) *Ib.* § 5. et Inst. 2. 20. 4. — (4) Inst. 3. 23. § 5. — D. 18. 1. 6. f. Pomp. *et* 73. f. Papin. — (5) Inst. 2. 6. § 1. — (6) Inst. 3. 19. § 2. — (7) D. 43. 6. 1. — (8) D. 8. 2. § 19. f. Ulp. — (9) D. 48. 13. 6. f. Ulp. — Paul. *Sent.* 5. 19. — (10) Cod. 1. 2. 21. — (11) Nov. 120. cap. 10.

IX. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem *locum purum* invito socio inferre non licet. In commune vero sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item, si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre; et licet *postea ratum habuerit* quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

9. Chacun, par sa seule volonté, en inhumant un mort dans un terrain qui lui appartient, en fait un lieu religieux. Dans un terrain *commun et pur*, on ne peut inhumer sans le consentement du copropriétaire; dans un sépulcre commun, on le peut même malgré les autres. Si l'usufruit a été aliéné, le propriétaire ne pourra rendre le sol religieux, si ce n'est du consentement de l'usufruitier. On peut inhumer dans le terrain d'autrui avec la permission du maître, et, quand même *sa ratification ne serait donnée qu'après l'inhumation* du mort, le lieu deviendrait religieux.

336. Sous le paganisme comme sous la religion chrétienne, le sol qui avait servi à recueillir les restes d'un homme fut frappé d'un caractère religieux. Une loi des Douze Tables réglait longuement l'ordre et les dépenses des funérailles; c'est là qu'on trouve cette règle de salubrité publique : N'inhumez et ne brûlez dans la ville aucun mort (voy. la 10e table, tom. I, *Hist.*, p. 115) (1); dans le Digeste et dans le Code de Justinien, plusieurs titres sont consacrés à cette matière (2).

D'après le paganisme, les choses religieuses étaient, comme nous l'apprend Gaius, les choses abandonnées aux dieux mânes (3); sous Justinien, le lieu qui a recueilli le corps ou les cendres d'un mort. — Tout le champ dans lequel se trouve le tombeau n'est pas religieux, mais seulement la place qu'occupent les dépouilles (4). Bien que le mort ne soit qu'un esclave, le lieu est toujours religieux (5); mais le sépulcre d'un ennemi ne l'est pas, ni le monument vide (*tumulus inanis*) qui ne renferme pas le mort (6).

337. On ne peut rendre religieux par inhumation que le terrain dont on est propriétaire; sinon, il faut le consentement de toute personne qui a un droit quelconque de copropriété, d'usufruit, d'usage ou de servitude (7).

Postea ratum habuerit. Ce qui signifie que si l'inhumation a été faite à l'insu ou contre le gré du propriétaire, et que le consentement de celui-ci ne soit donné qu'après l'inhumation, le lieu n'en deviendra pas moins religieux. D'autres éditions portent : *Licet postea ratum non habuerit;* le sens serait que si le propriétaire, ayant d'abord consenti, ne veut plus ratifier l'inhumation après qu'elle a été faite, le lieu n'en sera pas moins religieux. J'ai

(1) Cod. 3. 44. 12. Dioclet. et Max. — (2) D. 11. 7. — 47. 12. — C. 3. 44. — 9. 19. — (3) « Religiosæ quæ diis manibus relictæ sunt » (Gaius. 2. § 4). — (4) D. 11. 7. 2. § 5. f. Ulp. — (5) *Ib.* princ. — (6) D. 47. 12. 4. f. Paul. — D. 11. 7. 44. f. Paul. — Voir pourtant D. 1. 8. 6. § 5. f. Marc. — (7) D. 1. 8. 6. § 4. f. Marc. — 11. 7. 2. §§ 7 et suiv. f. Ulp. — Gaius dit à ce sujet : « Religiosum nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat » (G. 2. 6).

suivi la leçon adoptée par Cujas, c'est celle du manuscrit de Florence, c'est aussi le sens de la paraphrase de Théophile.

Le terrain dans lequel on a inhumé sans le consentement du propriétaire ou de tout autre ayant droit n'est pas religieux; mais ce propriétaire ne peut pas exhumer et rejeter les ossements sans un décret pontifical ou l'autorisation impériale; s'il le faisait, on aurait contre lui une action (1). Il peut, du reste, attaquer celui qui a fait l'inhumation, pour le forcer à retirer le cadavre ou payer le terrain (2).

338. Un lieu religieux n'était réellement à personne; cependant celui qui l'avait rendu tel y avait une espèce de droit conforme à l'usage de ce lieu. — Il était des tombeaux de famille (*familiaria sepulchra*), ou des tombeaux héréditaires (*hereditaria*), dans lesquels tout membre de la famille ou tout héritier avait le droit d'inhumer les siens ou d'être inhumé (3). — Un interdit du préteur défendait spécialement qu'on apportât aucun trouble à celui qui voulait inhumer dans un lieu où il en avait le droit. La personne troublée pouvait invoquer cet interdit, ou intenter une action pour se faire dédommager du préjudice (4).

Les terrains religieux, retirés comme des choses sacrées du commerce des hommes, ne pouvaient être ni vendus, ni donnés, ni acquis par l'usage. Ceux même qui avaient droit au tombeau ne pouvaient exhumer les dépouilles des morts et les changer de place, à moins d'en obtenir l'autorisation; et, dans ce cas, le lieu cessait d'être religieux (5). Enfin la profanation des tombeaux était punie civilement et criminellement. Civilement, par une action donnée par le préteur (*actio sepulchri violati*). Cette action avait cela de remarquable, qu'elle était au nombre de celles qu'on nomme *populares* (*popularis actio*), c'est-à-dire qu'elle pouvait être intentée par la personne intéressée, et, à défaut, par tout citoyen. Le profanateur qui succombait était noté d'infamie, et condamné à payer à la personne qui avait intenté l'action une somme appréciée par le juge, si cette personne était intéressée au tombeau, sinon cent sous d'or (6). En outre, une accusation criminelle pouvait être dirigée contre le profanateur. La peine, si les ossements avaient été arrachés au tombeau, était la mort ou la déportation, selon la qualité du coupable; dans tout autre cas, la relégation ou la condamnation au métal (7).

Locum purum. On nomme *pur* le lieu qui n'est ni sacré, ni religieux, ni saint (8).

---

(1) L'action d'injures (*injuriarum actio*). D. 11. 7. 8. f. Ulp. — C. 3. 44. 14. Valent. et Theod. — (2) D. 11. 7. 7. f. G. Il a pour cela l'action *in factum*. — (3) D. 11. 7. 5. f. Gaius. 6. f. Ulp. — C. 3. 44. 13. Diocl. et Max. — (4) L'action *in factum*. D. 11. 8. 1. § 4. — 11. 7. 9. f. Gaius. — (5) D. 11. 7. 39. f. Marc. 44. § 1. f. Paul. — Cod. 3. 44. 14. Valent et Theod. — (6) D. 47. 12. — C. 9. 19. *De sepulchro violato*. — (7) D. 47. 12. 11. f. Paul. — (8) « *Purus* autem *locus* dicitur qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus. » (D. 11. 7. 2. § 4. f. Ulp.)

X. Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

10. Les choses saintes, comme les murs et les portes, sont aussi, en quelque sorte, de droit divin, et, par conséquent, elles ne sont dans les biens de personne. Le nom de *saints* que l'on donne aux murs vient de ce que les atteintes portées contre les murs sont punies de mort; de même ces parties des lois dans lesquelles on établit une peine contre ceux qui auraient violé les lois, se nomment *sanctions*.

339. Le verbe *sancire,* sanctionner, signifie confirmer une chose, la garantir par des peines contre toute atteinte; on nomme *sanctio,* sanction, cette garantie; et *sanctum,* saint, sanctionné, ce qui est ainsi garanti : « Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque minutum est (1). » Ainsi, par choses saintes on entend, en droit romain, celles qui ne sont ni sacrées ni profanes, mais qui sont protégées par une sanction pénale (*quæ neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*) (2). Ces choses ne sont pas précisément de droit divin; mais on les considère comme telles, parce qu'elles sont retirées du commerce des hommes et entourées d'une sorte de vénération légale; voilà pourquoi les Instituts de Justinien, répétant en cela ceux de Gaius (3), disent *quodammodo divini juris sunt.* — Parmi les choses ou les personnes saintes se trouvent les lois, dont la violation est punie par diverses peines (4); les *ambassadeurs,* que chacun doit respecter, sous peine d'être livré comme esclave au peuple qu'ils représentent (5); les murs et les circonvallations, qui sont protégés par la peine de mort contre celui qui y porterait atteinte, qui les franchirait, qui y adosserait des échelles (6); enfin les portes, bien que Plutarque prétende qu'elles n'étaient pas saintes (7). Un interdit du préteur défendait en général qu'on fît rien de nuisible à un lieu saint (8).

340. Une particularité digne d'être remarquée, c'est que les choses de droit divin tombaient-elles au pouvoir de l'ennemi, aussitôt elles perdaient, pour les Romains, leur caractère sacré, religieux ou saint; elles ne recouvraient ce caractère que par une espèce de *postliminium,* si elles étaient reprises à l'ennemi (9).

341. Nous n'avons plus qu'à parler des choses qui sont dans notre patrimoine, ce qui nous conduit à examiner la propriété au temps de Justinien. Du reste, on voit qu'il ne s'agit aujourd'hui ni d'aucune différence entre les terres de l'Italie et celles des provinces, ni de choses *mancipi* ou *nec mancipi.* Toutes ces distinctions, qui n'existaient plus que de nom, et que la situation

(1) D. 1. 8. 8. Marc. — (2) *Ib.* 9. § 3. f. Ulp. — (3) G. 2. 8. — (4) D. 1. 8. 9. § 3. f. Ulp. — (5) D. 50. 7. 17. f. Pomp. — (6) D. 1. 8. 11. f. Pomp. — 49. 16. 3. § 17. f. Modest. — (7) Plutarq. *Quest. Rom.* cap. 17. — (8) D. 43. 6. 2. f. Hermogen. — (9) D. 11. 7. 36. f. Pomp.

et l'organisation politiques de l'empire, ainsi que le changement de mœurs, avaient fait disparaître en réalité, sont formellement supprimées par Justinien.

De la propriété au temps de Justinien.

342. Il n'existait sous les Douze Tables qu'un seul domaine, mais c'était le domaine romain (*dominium ex jure Quiritium*); plus tard, le droit prétorien mit à côté de ce domaine une sorte de propriété imparfaite (*in bonis habere*). Sous Justinien tout cela est disparu; on ne reconnaît plus qu'une seule propriété, mais c'est une propriété ordinaire, dépouillée du caractère énergique que lui avait imprimé le premier droit. Toutefois il faut se garder d'attribuer ce changement à Justinien seul. En réalité, le domaine romain n'était déjà plus; le nom seul restait. La constitution dans laquelle Justinien en efface les derniers vestiges est remarquable : «Ce nom de domaine *ex jure Quiritium*, dit l'empereur, ne diffère en rien d'une énigme; vainement on cherche ce domaine, jamais dans les affaires réelles on ne le rencontre; ce n'est qu'un vain mot, qui, dès leurs premières études, vient épouvanter l'esprit des jeunes gens.» Ainsi, dans la législation des Instituts, plus de distinction entre avoir une chose dans son domaine ou l'avoir dans ses biens; la propriété est ramenée, plus simple, à l'unité (1).

343. Je ne chercherai point à donner une définition du domaine d'après la législation romaine; je n'en trouve pas dans les textes des jurisprudents. Nératius nous apprend que déjà de son temps le mot *dominium* pouvait se traduire par *proprietas* : «Dominium, id est proprietas,» dit-il (2). En effet, le domaine c'est la propriété, parce qu'il nous rend la chose entièrement propre. Je ne découperai pas le domaine en plusieurs espèces, et n'établirai point toutes les divisions que les commentateurs ont imaginées; nous venons de voir que sous Justinien le domaine est un. Mais une chose à laquelle je m'attacherai, c'est à déterminer les différents effets que produit le domaine. Ils sont tous réunis dans ces mots, tirés en partie des Instituts : Le domaine donne sur la chose une puissance entière (*plenam in re potestatem*) (3).

(1) *De nudo jure Quiritium tollendo.* Antiquæ subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos apud quos vel nudum *ex jure Quiritium* nomen vel tantum *in bonis* reperitur : quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec *ex jure Quiritium* nomen quid nihil ab ænigmate disceptat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquæ dispositiones accipiunt : sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium (C. 7. 25. const. Justin.). — (2) D. 41. 1. 13. f. Nérat. — (3) INST. 2. 4. § 4. — Voir l'ouvrage si accrédité de notre savant collègue et ami M. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, etc.

Il s'agit d'analyser les éléments qui composent cette puissance : pouvoir d'occuper la chose, d'en retirer tous les services, tous les produits, périodiques ou non, tous les accroissements; pouvoir de la modifier, de la diviser, de l'aliéner, même de la détruire, sauf les restrictions légales; enfin de la vendiquer dans les mains des tiers : tout cela est compris dans le domaine. Parmi ces différents droits, les principaux, ceux auxquels la plupart des autres peuvent se ramener, sont ceux-ci : *jus utendi*, c'est-à-dire le droit de retirer de la chose tout l'usage, tous les services qu'elle peut rendre; *jus fruendi*, le droit de percevoir, non pas tous les produits, tous les accroissements, mais tous les fruits qu'elle produit; *jus abutendi*, le droit d'en disposer soit en l'aliénant, soit même en la détruisant; enfin, le droit, qui n'est qu'une sanction de tous les autres, de la poursuivre, de la vendiquer dans les mains de tout détenteur.

Ainsi le propriétaire d'une maison peut l'habiter, *jus utendi;* la louer et en percevoir les loyers, *jus fruendi;* la vendre, la donner, la démolir, *jus abutendi;* la réclamer en justice contre tout détenteur, *jus vindicandi* (1).

344. Il faut bien se garder d'attribuer, dans la langue du droit romain, à ce mot *abuti* l'idée qu'il emporte dans notre langue, c'est-à-dire d'un usage immodéré, déraisonnable, condamnable. *Abuti*, par sa décomposition étymologique elle-même (*ab*, particule privative, et *uti*, user) désigne un emploi de la chose qui en fait cesser, qui en détruit l'usage. Tel est l'effet de l'aliénation, de la consommation de la chose.

345. Plusieurs des droits qui composent le domaine peuvent être détachés les uns des autres et appartenir, même par fragments, à différentes personnes. Mais, dans tous ces démembrements, on a toujours considéré le pouvoir de disposer de la chose (*jus abutendi*) comme le pouvoir principal, l'élément essentiel du domaine; on a toujours nommé propriétaire celui qui avait ce pouvoir; on a appelé la chose sienne, et l'on a dit que les autres

(1) Plusieurs commentateurs ont défini le domaine : *jus utendi, fruendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur;* cette définition n'est pas entièrement exacte; et du reste elle n'appartient pas aux jurisconsultes romains. Les expressions *abuti, abusus*, ne se trouvent pas chez ces jurisconsultes aussi souvent qu'on pourrait se l'imaginer, cependant elles y sont quelquefois. Les mots *usus* et *abusus* sont opposés l'un à l'autre. Cicéron, parlant d'une femme à qui son mari a légué l'usufruit de ses biens, dit que cette femme n'est pas propriétaire du vin ni de l'huile, parce qu'on ne peut en jouir qu'en les vendant ou en les consommant : or, on lui a légué le *jus utendi*, et non le *jus abutendi :* « usus enim non abusus legatus est, ea sunt inter se contraria » (CICER. *Top.* 50). De même, Ulpien dit en parlant de ces choses dont on ne peut jouir qu'en les consommant : *in abusu continentur* (ULP. *Reg.* 24. 27). Cela suffit pour nous faire voir que *abusus*, en latin, emportait l'idée d'un usage qui détruisait, qui consommait la chose, mais non pas, comme en français, l'idée d'un usage immodéré.

avaient le droit d'user de la chose d'autrui, de percevoir les fruits de la chose d'autrui (1).

De la possession.

346. Je ne parlerai pas de la propriété sans dire quelque chose de la possession. Deux titres, l'un au Digeste, l'autre au Code, sont consacrés à ce sujet (2). La première observation que je ferai, c'est qu'il faut bien distinguer la possession purement physique, indépendante de tout droit, de la possession telle que la loi la considère. Je suis convaincu que presque tout ce qu'il y a eu de controverse et d'erreur sur cette matière vient de ce qu'on a souvent confondu ces deux possessions, et transporté à l'une ce qui n'appartient qu'à l'autre.

347. La possession physique, abstraction faite de tout droit, n'est qu'un fait : c'est la détention ou l'occupation réelle d'une chose. L'intention du détenteur, celle des autres, n'y entre pour rien ; le fait y est-il, il y a possession physique : « Ea res facti non juris est (3). » C'est là ce que les jurisconsultes nomment souvent : *nuda detentio, naturalis possessio, corporalis possessio*. C'est ce qu'on exprime quelquefois par ces mots : *naturaliter possidere; in possessione esse* (4). Ce fait n'est cependant pas sans quelque influence dans le droit.

348. Mais ce n'est point là ce qu'on entend ordinairement dans la loi par possession proprement dite (*possessio*). La possession, aux yeux de la loi, est non-seulement un fait, c'est encore un droit. L'intention des parties y entre pour beaucoup; la détention corporelle de la chose peut ne pas s'y trouver : « Possessio non tantum corporis, sed juris est (5). » On l'exprime par ces mots : *civiliter possidere; jure civili possidere;* ou simplement *possidere* (6).

Deux éléments composent cette possession légale : le fait et l'intention (7).

349. Le fait n'est pas borné, comme lorsqu'on ne considère les choses que physiquement, à la seule détention ou occupation réelle de la chose. Il y a fait légal de possession toutes les fois que la chose est à notre libre disposition. Recourons à la philologie, et l'idée en ressortira clairement. *Possessio* (de *posse*, pouvoir),

(1) C'est surtout dans ces démembrements plus ou moins étendus que les commentateurs ont puisé leurs divisions du domaine en *plenum* et *minus plenum; directum* et *utile*, etc. — (2) D. 41. 2. — C. 7. 32. — (3) D. 41. 2. 1. § 3. — 12. § 1. — 17. § 1. — 4. 6. 19. — (4) D. 41. 2. 3. § 3. f. Paul. — *Ib*. 24. f. Javol. — 43. 16. 1. § 9. — 10. 4. 3. § 15. — 39. 2. 7. — (5) D. 41. 2. 49. § 1. f. Pap. — (6) D. 43. 16. 1. § 9. — 10. 4. 3. § 15. — 41. 6. 1. § 2. — 39. 2. 7. Ce dernier fragment indique formellement entre *in possessione esse* et *possidere*, la même différence que nous avons vue exister entre *in servitute, in libertate esse*, et *servus esse, liber esse*. — (7) D. 41. 2. 3. § 1. f. Paul.

c'est-à-dire puissance; *possidere*, avoir en sa puissance. Ainsi, lorsque le propriétaire près du magasin où sont enfermées les marchandises qu'il veut me livrer m'en donne les clefs (1); lorsqu'il montre sous mes yeux, en déclarant qu'il me les abandonne, le fonds de terre (2), le sac d'argent (3), ou les objets (4) qu'il me cède; quoique je ne les détienne pas encore, j'en ai la possession, parce que, dès cet instant, ils sont en ma puissance, à ma libre disposition : « Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu (5). » Par une extension à peu près semblable, si mon locataire, mon mandataire, mon fils, ou mon esclave, détiennent un objet en mon nom, quoique ce soient eux qui aient la détention réelle, cependant, comme ils l'ont pour moi, qu'ils ne sont pour ainsi dire qu'un instrument, et que la chose, aux yeux de la loi, est en quelque sorte à ma disposition, en ma puissance, par leur intermédiaire, c'est moi qui ai le fait légal de possession (6).

350. Quant à l'intention, elle consiste dans la volonté de posséder la chose comme maître, l'intention de propriété (*animus dominii*). Ainsi le locataire, l'emprunteur, le mandataire, bien qu'ils détiennent la chose corporellement, n'en ont pas la possession, parce que leur intention est de la détenir pour le maître. De même le furieux, l'enfant, la personne endormie n'ont pas la possession de la chose qu'ils tiennent dans leurs mains, parce qu'ils n'ont pas même l'intelligence de ce fait (*intellectus possidendi*) (7). De même l'esclave ne peut jamais avoir la possession légale pour lui-même, parce qu'il ne peut avoir pour lui-même aucune propriété, et par conséquent aucune intention de propriété. Du reste, que l'on soit de bonne ou de mauvaise foi, que l'on se croie ou non propriétaire de la chose, il suffit que l'on ait l'intention de la détenir pour soi (*rem sibi habendi*), il y a possession, même chez le voleur. Il est vrai que, dans un cas, c'est une possession de bonne foi, dans l'autre une possession de mauvaise foi, ce qui amène des différences que nous verrons plus tard.

351. Les principaux avantages qu'on retire de la possession sont : d'avoir le droit de détenir la chose jusqu'à ce qu'un autre ait prouvé contre nous en être propriétaire (8); de pouvoir agir, au besoin, pour conserver ou pour se faire rendre sa possession (9); d'acquérir la propriété soit des choses *nullius* dont on s'empare le premier, soit des choses que le maître veut aliéner en notre faveur (10); enfin, dans certains cas, de gagner les fruits consommés, et même, au bout d'un temps fixé, la propriété des choses appartenant à autrui (11). Ces effets ne sont pas toujours

(1) Inst. inf. § 45. — (2) D. 41. 2. 18. § 2. f. Cels. — (3) D. 46. 3. 79. f. Javol. — (4) D. 41. 2. 51. f. Javol. — (5) *Ib.* 1. § 21. f. Paul. — (6) *Ib.* 9. f. Gaius. — (7) *Ib.* 1. § 3. — (8) Inst. 4. 15. 4. — (9) *Ib.* 3. 4. 5 et 6. — (10) *Infrà*, § 12 et suiv. 40 et suiv. — (11) *Infrà*, § 35 et tit. 6.

réunis; il y en a même qui ne peuvent avoir lieu ensemble; ils dépendent de diverses circonstances.

352. Les avantages de la possession sont, comme ceux du domaine, susceptibles d'être détachés les uns des autres, et donnés à des personnes différentes : ainsi, pour ne citer qu'un exemple, lorsqu'un débiteur a livré sa chose en gage, il la possède toujours légalement; mais il ne peut se la faire rendre sans payer la dette, et c'est le créancier gagiste qui a les interdits tendant à protéger le droit de possession (1). Mais il ne faut pas de ces divers démembrements faire autant de possessions différentes. La possession légale est une, comme le domaiue. On considère toujours comme possesseur celui au nom ou par le consentement duquel les autres détiennent; c'est lui qui a le *animus dominii*, c'est lui qui acquiert la propriété par cette possession. Je sais que Paul (D. 41. 2. 3. § 21) compte autant de genres de possession qu'il y a de causes qui la produisent; qu'il distingue celle de bonne et celle de mauvaise foi; mais ce ne sont là que des modifications accessoires. — Cependant, depuis le traité si remarquable de Savigny sur la possession, il est comme classique de distinguer la possession en ces trois classes : — possession naturelle, chez ceux qui n'ont aucune intention d'avoir la chose pour soi; — possession *ad interdicta*, chez ceux qui n'ont d'autre avantage que de pouvoir se faire maintenir dans leur possession au moyen des interdits : tels que le créancier gagiste ou le possesseur à précaire; — possession civile ou *ad usucapionem*, chez ceux qui ont une possession conduisant au bout d'un certain temps à la propriété. Nous n'admettons ces deux derniers termes que comme locutions brèves, commodes à employer quelquefois pour indiquer la division des effets de la possession, mais non comme constituant véritablement des espèces diverses. Notez que le voleur, qui possède certainement *animo domini*, ni même l'acheteur de bonne foi d'une chose volée, ne possèdent *ad usucapionem* (2).

353. La possession ne s'applique qu'aux objets corporels : « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. » — Pour les objets incorporels, comme les droits d'usufruit, de servitude, suivant la rigueur du droit ancien, il n'y avait point de possession; mais le préteur avait été conduit à reconnaître une quasi possession (*quasi possessio*), qui consiste aussi dans deux éléments : l'exercice du droit, et l'intention de l'exercer comme maître de ce droit.

---

(1) D. 41. 3. 16. f. Javol. — 41. 2. 36. f. Jul. Ces lois disent que celui qui a donné en gage possède toujours; que cependant, des droits de la possession, il ne lui reste que celui d'acquérir par l'usage : les autres droits sont passés au créancier. — D. 41. 2. 3. f. Paul. — D. 4. 6. 23. § 2. f. Ulp. — 8. 5. 10. f. Ulp. — 8. 1. 20. f. Javol. — (2) V., de notre collègue M. MACHELARD, *Textes de droit romain sur la possession, expliqués*. Paris, 1856, in-8°.

Des moyens d'acquérir la possession et la propriété, sous Justinien.

XI. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt : quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium: quarumdam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere : palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia enim jura tunc esse cœperunt cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt.

11. Les choses deviennent de plusieurs manières la propriété des particuliers. En effet, on en acquiert le domaine, ou par le droit naturel, nommé, comme nous l'avons dit, droit des gens, ou par le droit civil. Pour plus de commodité, il faut exposer d'abord le droit le plus ancien : et tel est évidemment le droit naturel, qui a pris naissance dans la nature des choses, avec les hommes eux-mêmes, tandis que les droits civils n'ont paru que lorsqu'on a commencé à fonder des cités, créer des magistrats, écrire des lois.

354. La singularité dans les moyens d'acquérir le domaine a totalement disparu sous Justinien. Au premier rang on met sans hésiter les moyens naturels; on les place même avant les moyens civils, parce qu'ils sont plus anciens et qu'ils ont dû nécessairement précéder les autres.

En tête de ces moyens naturels se place l'occupation, à laquelle se rapportent les sept paragraphes qui suivent. Nous allons exposer à ce sujet quelques principes généraux, après quoi de légères explications suffiront entièrement.

355. Il est une règle naturelle, c'est que les choses qui ne sont à personne sont acquises au premier qui s'en empare : « Quod autem nullius est, naturali ratione occupanti conceditur. » C'est alors de la possession que naît la propriété, qui, en réalité, n'a pas eu d'autre origine : « Dominium ex naturali possessione cœpisse Nerva filius ait (1). » Pour déterminer si l'on est devenu propriétaire d'une chose par occupation, il n'y a que deux points à examiner : 1° si cette chose, susceptible de tomber dans le patrimoine de l'homme, n'appartenait à personne; 2° si l'on en a acquis la possession.

356. Le premier point nous conduirait à préciser quelles sont les choses qui, bien que susceptibles de tomber dans le patrimoine des hommes, n'appartiennent cependant à personne. Nous avons déjà traité cette matière n°s 331 et suiv.

Ainsi nous savons que l'occupation s'applique : à tous les animaux sauvages qui jouissent d'une liberté illimitée, bêtes fauves, oiseaux, poissons, et en général quels qu'ils soient; parmi ces animaux, les jurisconsultes romains rangent les paons, les pigeons et les abeilles; à tous les produits des animaux sauvages, tels que les nids des oiseaux, le miel des abeilles; aux ennemis et à toutes les choses qui leur appartiennent, car, pour le soldat romain, le

(1) D. 41. 2. 1. § 1. f. Paul.

soldat ennemi et tout ce qu'il possède sont des choses *nullius*, destinées à devenir sa proie; à tout ce qui se trouve dans la mer ou sur le rivage, tels sont les coquillages, les perles, les pierres précieuses, le corail, les îles nées dans la mer; enfin aux objets que le propriétaire a rejetés parce qu'il n'en voulait plus (1).

357. Le second point nous conduirait à préciser dans quels cas on a acquis la possession. Là-dessus nous savons qu'il faut le fait et l'intention; que l'intention gît dans la volonté d'avoir la chose à soi; que le fait ne consiste pas spécialement en ce que nous détenons corporellement la chose; mais généralement en ce que la chose est, par un moyen quelconque, en notre pouvoir. Ainsi, que la force, la ruse, l'éducation ou le besoin, soient le lien qui mette cette chose à ma disposition, peu importe; le lion que je détiens dans une cage, le poisson que j'ai enfermé dans un bassin, l'oiseau auquel j'ai coupé les ailes, le cerf que j'ai apprivoisé de manière à aller et à revenir, les abeilles, les pigeons qui retournent toujours à la ruche, au colombier, parce qu'ils y trouvent un abri sûr et leurs besoins satisfaits au sein de leur république ou de leur famille, tous ces animaux sont également ma propriété, car ils sont en mon pouvoir, et par conséquent en ma possession (2). — De même, quel que soit le lieu où je me sois emparé de la chose, peu importe. Les Romains proclamaient ce principe naturel que la chasse, la pêche, sont permises à tout le monde. Si quelqu'un a été empêché de chasser ou de pêcher dans un lieu public, il pourra attaquer en justice celui qui lui a opposé cet obstacle illégal; il aura contre lui l'action d'injures (*injuriarum actio*) (3). L'animal dont le chasseur s'est emparé lui est acquis, même lorsqu'il l'a pris sur le terrain d'autrui, parce que cet animal n'était la propriété de personne, et n'appartenait nullement au maître du terrain sur lequel il passait (4). Cependant le maître peut empêcher qu'on entre chez lui, et si malgré sa prohibition on entre, il aura une action pour attaquer celui qui a violé ainsi sa propriété (5). Quelques commentateurs, parmi lesquels se trouve Cujas, ont pensé que, dans ce cas, le chasseur ne devient point propriétaire de ce qu'il prend; mais cette opinion ne doit pas être admise (6).

358. Lorsque les deux circonstances que nous venons d'expliquer sont réunies, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une chose *nullius*, et qu'on en a acquis la possession, on en est devenu propriétaire.

---

(1) INST. *infrà*, § 47. — (2) D. 41. 1. 5. §§ 2. 3. 4. 5. f Gaius. — D. 41. 2. 3. §§ 14. 15. 16. f. Paul. — (3) D. 47. 10. 13. § 7. f. Ulp. — (4) D. 41. 1. 3. § 1. et f. 5. §§ 2 et 3. Gaius. — D. 47. 2. 26. f. Paul. — (5) L'action d'injures (*injuriarum actio*), disent la plupart des commentateurs, et ils citent, pour le prouver, la loi 13. § 7. f. Ulp. au Digeste, liv. 47. tit. 10. Mais cette loi parle du cas où vous avez été empêché injustement de chasser ou de pêcher dans un lieu public ou bien de vous servir de votre chose, et non du cas où quelqu'un est venu chasser malgré vous sur votre propriété. Ce n'est donc que par analogie qu'il nous est permis de conclure d'un cas à l'autre. — (6) Elle ne repose que sur une induction tirée de la loi 55. f. Procul. D. 41. 1.

Si donc quelqu'un s'emparait de l'oiseau que j'ai tué, du cerf que j'ai apprivoisé, des abeilles qui habitent ma ruche, il commettrait un vol; j'aurais contre lui l'action de vol (*actio furti*), et le droit de me faire rendre ma chose (1).

Mais cette propriété, résultat de la possession, ne dure qu'autant que la possession elle-même. Si le lion brise sa cage et s'enfuit, si l'oiseau à qui le temps a rendu ses ailes s'envole, si le cerf apprivoisé secoue le joug de l'éducation et perd l'habitude de revenir, si les abeilles, si les pigeons désertent la ruche ou le colombier, le lien qui retenait ces animaux en mon pouvoir est brisé, ils ne m'appartiennent plus. La règle qu'il faut observer à cet égard, c'est que la chose n'a cessé d'être à moi que lorsqu'elle est rentrée dans son état naturel. Ainsi l'ennemi dont je m'étais emparé et qui vient de m'échapper n'aura cessé d'être à moi que lorsqu'il sera rentré parmi les siens. De même si les pierreries, les coquillages que j'ai ramassés dans la mer tombent sans que je m'en aperçoive sur le chemin que j'ai suivi, ils sont toujours à moi; mais s'ils retombent dans la mer, ou sur le rivage, de manière qu'on puisse les dire revenus à leur premier état, ils ne m'appartiennent plus.

Tels sont les principes généraux de la matière; voyons maintenant les détails que donnent les Instituts.

XII. Feræ igitur bestiæ, volucres, et pisces, id est, omnia animalia quæ mari, cœlo et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt : quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras, bestias et volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coerceatur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in libertatem naturalem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur cum vel oculos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo ut difficilis sit ejus persecutio.

12. Les bêtes sauvages, les oiseaux, les poissons, enfin tous les animaux qui peuplent la terre, la mer ou les airs, à l'instant même où ils sont pris deviennent, par le droit des gens, la propriété de celui qui les prend; car ce qui n'était à personne, la raison naturelle le donne au premier occupant. Et peu importe qu'on ait pris ces animaux sauvages, ces oiseaux, sur son terrain ou sur le terrain d'autrui. Bien entendu que si le maître aperçoit quelqu'un qui vient chasser ou tendre ses filets dans son fonds, il peut l'empêcher d'y entrer. Tout animal que tu as pris est à toi tant que tu le détiens en ton pouvoir; dès qu'il t'échappe et reprend sa liberté naturelle, il ne t'appartient plus, et rentre parmi les choses qui sont au premier occupant. On le considère comme ayant repris sa liberté naturelle lorsqu'il s'est soustrait à tes regards, ou lorsque, bien que tu l'aperçoives encore la poursuite en est difficile (2).

XIII. Illud quæsitum est an, si fera bestia ita vulnerata sit ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit statim esse tuam, et eo usque

13. On a demandé si l'animal sauvage que tu viens de blesser de manière à pouvoir le prendre t'appartient aussitôt. Selon les uns, il est à toi à l'instant

(1) D. 10. 2. 8. § 1. f. Ulp. — D. 47. 2. 37. f. Pomp. — (2) Gaius 2. 67.

tuam videri donec eam persequaris. Quod si desieris persequi, desinere esse tuam, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent ut eam non capias.

même, et tant que tu continues de le poursuivre; mais si tu l'abandonnes, il cesse de t'appartenir, et rentre parmi les choses qui sont au premier occupant. D'autres ont pensé qu'il n'est à toi que lorsque tu l'as saisi. C'est ce dernier avis que nous confirmons, parce que bien des accidents peuvent le soustraire à ta poursuite.

Cette question avait divisé les jurisconsultes; c'est Gaius qui nous expose les deux avis, en les attribuant le premier à Trébatius, et indiquant le second comme adopté par le plus grand nombre. L'avis de Trébatius entraînait cette conséquence, que, si, pendant que je poursuivais l'animal quelqu'un s'en était emparé pour le garder, il aurait commis un vol (1).

XIV. Apium quoque natura fera est. Itaque quæ in arbore tua consederint; antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint. Ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, quilibet eximere potest. Plane *integra re*, si prævideris ingredientem in fundum tuum poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio; alioquin occupantis fit.

14. Les abeilles, de leur nature, sont sauvages. Celles qui se sont fixées sur ton arbre, tant que tu ne les as point enfermées dans une ruche, ne sont donc pas plus à toi que les oiseaux qui ont construit leur nid sur cet arbre; si un autre s'en empare, il en devient propriétaire; leurs rayons de miel, si elles en ont fait, peuvent être emportés par le premier venu. Bien entendu que si, *avant que rien ait été pris*, tu aperçois quelqu'un entrant sur ton fonds, tu as le droit de lui interdire l'entrée. Quant à l'essaim qui s'envole de ta ruche, il est censé t'appartenir tant qu'il est sous tes yeux et d'une poursuite facile, sinon il est pour le premier occupant.

Integra re. C'est-à-dire avant que les abeilles ou les rayons aient été pris; car si déjà il s'en est emparé, ils lui appartiennent.

XV. Pavonum etiam et columbarum fera natura est : nec ad rem pertinet quod ex consuetudine evolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent ut in sylvas ire et redire soleant; quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, tunc cum revertendi consuetudinem deseruerunt.

15. Les paons et les pigeons sont aussi de nature sauvage; et peu importe qu'ils aient dans leur vol l'habitude d'aller et de revenir, les abeilles en font autant, et certainement elles sont sauvages. De même on a quelquefois des cerfs si bien apprivoisés qu'ils sont accoutumés à aller dans les bois et à revenir : or, personne ne doute qu'ils ne soient naturellement sauvages. Sur tous ces animaux ayant l'habitude d'aller et de revenir, voici la règle reçue : c'est qu'ils sont censés t'appartenir tant qu'ils gardent l'esprit de retour; s'ils le perdent, ils cessent d'être à toi, et sont pour le premier occupant. On les considère comme ayant perdu l'esprit de retour, lorsqu'ils en ont perdu l'habitude (2).

(1) D 41. 1. 5. § 1. f. Gaius. — (2) Gaius. 2. 68.

XVI. Gallinarum et anserum non est fera natura : idque ex eo possumus intelligere quod aliæ sunt gallinæ quas feras vocamus, item alii sunt anseres quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intelligitur.

16. Les poules et les oies ne sont point sauvages de leur nature : une preuve, c'est qu'il existe d'autres poules et d'autres oies que l'on nomme sauvages. Si donc tes oies ou tes poules, effrayées par quelque accident, s'envolent, bien qu'elles ne soient plus sous tes yeux, quelque part qu'elles se trouvent, elles t'appartiennent, et celui qui les retient pour se les approprier commet un vol.

XVII. Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt : adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

17. Ce que nous prenons sur les ennemis, d'après le droit des gens, nous appartient aussitôt. Bien plus, les hommes eux-mêmes tombent ainsi dans notre esclavage. Mais dès qu'ils nous ont échappé et sont retournés près des leurs, ils reprennent leur ancien état.

359. Ce principe, nous le voyons consacré dans Gaius en ces termes : « Ea quoque quæ ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt (1) » ; dans Celse, qui ajoute une nouvelle circonstance, savoir, que les objets pris sur l'ennemi ne deviennent pas publics : « Et quæ res hostiles apud nos sunt, non publicæ sed occupantium fiunt (2). » Enfin dans Paul, qui les assimile aux autres choses *nullius* : « Item bello capta et insula in mari enata, et gemmæ, lapilli... etc., ejus fiunt qui primus eorum possessionem nactus est (3). » Cependant nous trouvons ailleurs des lois qui paraissent contraires. Le champ pris sur l'ennemi devient public, dit Pomponius : « Publicatur ille ager qui ex hostibus captus sit (4). » Nous pourrions citer encore plusieurs autres fragments relatifs aux terres conquises. Du reste, l'histoire nous apprend d'une manière certaine que ces terres devenaient publiques (tom. I, *Génér.*, n° 133). Quelquefois on en laissait une partie aux vaincus ; on en distribuait aux colons, aux vétérans ; les autres étaient vendues au profit de l'État, ou bien louées, et, dans ce dernier cas, elles produisaient au trésor public un revenu nommé *vectigal* (5). La conciliation de ces lois ne serait pas difficile ; il suffirait de dire que les objets mobiliers pris à la guerre sont au premier occupant, que les immeubles sont à l'État : telle est en effet l'opinion qu'émettent plusieurs commentateurs. Mais d'autres textes (6), quelques faits

(1) Gaius. 2. § 69. — (2) D. 41. 1. 51 § 1. f. Cels. — (3) D. 41. 2. 1. § 1. f. Paul. — (4) D. 49. 15. 20. § 1. f. Pomp. — (5) Paul, en parlant des terres prises sur les Germains, dit : « Has possessiones, ex præcepto principali, partim distractas, partim veteranis in præmia adsignatas. . » (D. 21. 2. 11.) — (6) « Divus Commodus rescripsit obsidum bona, sicut captivorum, omnimodo in fiscum esse cogenda » (D. 49. 14. 31. f. Marc.). Une autre loi présente comme coupable de péculat, c'est-à-dire de vol sur les biens publics, celui qui dérobe le butin ; « Is qui prædam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur » (D. 48. 13. 13. f. Modest.).

d'histoire paraissent attribuer à l'État les meubles et les immeubles. Pour concilier toutes ces idées, on peut dire qu'en général les ennemis et les objets mobiliers conquis sur eux étaient au premier occupant lorsqu'il s'agissait d'une occupation individuelle; mais que cette règle était modifiée par la discipline de l'armée, à l'égard du butin fait en commun. Dans le camp, au moment de l'expédition, nous dit Polybe, on faisait jurer aux soldats de ne rien détourner du butin; une partie courait au pillage, tandis que l'autre restait, prête à donner du secours. C'est ainsi que cet auteur, après le sac de Carthagène, nous montre Scipion faisant distribuer aux légions le butin qu'on vient de faire; mais gardant pour l'État les deniers publics trouvés dans la ville, et les prisonniers, qu'il met, comme captifs du peuple romain, à la manœuvre de ses navires (1). En résumé, à l'égard des meubles, tantôt le butin mis en commun était partagé, et une partie attribuée à l'État et aux généraux; tantôt, comme dans un engagement particulier, il était personnellement acquis à celui qui l'avait fait. A l'égard des immeubles, ils devenaient publics : le sol était au peuple ou à César.

XVIII. Item, lapilli, et gemmæ, et cætera quæ in littore inveniuntur, jure naturali, statim inventoris fiunt.

18. De même les pierres précieuses et les objets semblables que l'on trouve sur le rivage deviennent à l'instant, par le droit naturel, la propriété de l'inventeur.

360. C'est ici que s'arrête la série des paragraphes relatifs au mode d'acquérir que nous examinons. Nous rencontrerons, rejetés plus loin, quelques mots sur les îles nées dans la mer et sur les objets abandonnés par leur maître. Quelques commentateurs, selon que l'occupation s'applique à tels ou tels objets, en font autant d'espèces différentes d'acquisition : *venatio, aucupium, piscatio, occupatio bellica, inventio* (2). Mais nous, dans tout cela, nous voyons l'acquisition de la propriété découler de deux circonstances toujours les mêmes, savoir : 1° que la chose n'était à personne; 2° qu'on en a acquis la possession. — Une analyse rationnelle, si nous avions à traiter le sujet philosophiquement, nous montrerait que dans l'occupation il y a le travail, et que c'est ce travail qui est la cause légitime d'acquisition, quand l'objet est susceptible d'être approprié.

361. A côté de l'occupation, les commentateurs du droit romain ont placé un autre moyen naturel d'acquérir, qu'ils ont nommé, d'un mot latin détourné de son acception romaine, *accessio*, accession, et qui consiste en ce que le propriétaire d'une chose principale acquerra naturellement, par la force même du fait, tout ce qui viendra s'attacher, se réunir comme accessoire à sa chose.

Cette théorie, généralement consacrée, continue d'être suivie par les jurisconsultes italiens et allemands les plus estimés. Elle

(1) Polyb. liv. 10. — (2) Hein. liv. 2. § 344.

a passé dans les codifications modernes, et notamment dans notre Code civil, où deux chapitres traitent spécialement du droit d'*accession* (1).

Cependant l'un des éminents professeurs de droit romain, dans notre faculté, M. Ducaurroy, a révoqué en doute, avec l'autorité qui s'attache à ses opinions, l'existence dans la législation romaine du droit d'accession comme moyen d'acquérir (2); tandis que d'un autre côté le droit d'accession a été contesté, non dans son existence historique, mais même dans son fondement raisonnable et philosophique. — Il faut vider sommairement les deux questions.

362. En fait, le mot *accession*, pris dans le sens qu'on donne aujourd'hui à ce mot, n'appartient pas à la législation romaine. Les commentaires de Gaius, les fragments des divers jurisconsultes, le Digeste, les Instituts ne portent nulle part le mot *accessio* comme désignant en général un moyen naturel d'acquérir; ils exposent bien différents cas qui peuvent s'y rapporter, mais sans donner de nom spécial à un principe commun qui les régirait tous. Si le mot, pris dans ce sens, est étranger aux lois romaines, il en est de même, à plus forte raison, de la division que les anciens commentateurs ont faite en accession naturelle, artificielle ou mixte, selon que l'accessoire a été réuni au principal par la nature, par l'art, ou par l'une et l'autre : division inexacte, inutile et non romaine.

Mais, après avoir fait justice du mot (3), venons à la chose; mon avis est : 1° sous le rapport historique, que cette cause d'acquisition existe et est reconnue dans la législation romaine, quoiqu'elle n'y soit pas érigée en mode d'acquérir portant un nom spécial; — 2° qu'à ne considérer les choses que philosophiquement, il faut également l'admettre (4).

363. *Accessio* est fréquemment employé dans les lois romaines comme signifiant l'*accessoire*, l'objet réuni accessoirement, c'est-à-dire comme dépendance, comme appendice, comme partie sub-

---

(1) Cod. civ., art. 546 et suiv.

(2) « 353... Les jurisconsultes romains disent expressement que les choses » s'acquièrent *per traditionem* (§ 40. h. t.); que les choses *nullius* appartiennent » au premier occupant (§ 12. t.); mais je n'ai jamais lu dans aucun d'eux que » l'accession fût une manière d'acquérir, ni qu'une chose devenue l'accessoire » d'une autre cessât par cela seul d'appartenir à son premier maître. J'espère » même démontrer que les textes décident réellement le contraire. — 354. L'ac» cession, j'en suis convaincu, est un fait qui ne transmet point, et conséquem» ment n'acquiert point (*ne fait point acquérir*) à une personne la propriété » d'une autre... » etc. (M. Ducaurroy, *Institutes nouv. expliquées*, dern. édit., t. I, p. 266.)

(3) Notez que c'est uniquement dans le droit romain, comme expression latine, que le mot *accessio*, pris dans le sens qu'on donne aujourd'hui à ce mot, doit être condamné, parce que ce sens est un barbarisme. Ce qui n'empêche pas que, dans notre droit et dans notre langue, le mot *accession* ne soit incontestablement consacré et ne rende bien l'idée.

(4) Sous ce dernier rapport de la question, on peut voir Bentham : *Traités de législation civile et pénale*, 2° part., chap. 1, § 3 jusqu'à 8.

ordonnée à une chose principale. Ce mot désigne donc la chose réunie et non le fait de la réunion (1). Ce sera dans ce sens que nous l'emploierons toujours : *l'accession*, c'est-à-dire *la chose accessoire*.

Accedere, cedere, sont des expressions d'un usage encore bien plus fréquent dans le droit romain, pour dire suivre le sort de la chose principale, être entraîné, être emporté par elle.

Cela posé, nous trouvons exposée sous plus d'une forme, par les jurisconsultes romains, cette règle qu'Ulpien résume laconiquement en ces termes : *Accessio cedat principali*, que l'accession (la chose accessoire) suive le principal (2).

364. Cette maxime reçoit d'abord son application dans toute disposition, soit par vente, par louage ou autre contrat, soit par legs ou autrement, lorsqu'il s'agit de déterminer à quels objets s'étend la disposition : l'accession y est toujours comprise avec le principal dont elle suit le sort, à moins qu'elle n'en ait été expressément exceptée (3). — Si les parties révoquent la disposition ou le contrat quant au principal, ils sont également révoqués quant à l'accession. — Et même dans un grand nombre de cas, quoique ce ne soit pas dans tous, si le principal vient à périr, la disposition ou le droit s'éteignent aussi à l'égard des accessions (4). Remarquons, du reste, que c'est à l'occasion des legs que la règle rapportée ci-dessus : *accessio cedat principali*, est formulée par Ulpien; et que jusqu'ici il ne s'agit encore que de déterminer

---

(1) Tel est le sens, dans cet intitulé, au Digeste : *De usuris et fructibus et causis, et omnibus accessionibus* (D. 22. 1). — De même, ci-dessous, § 26. — D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul. — 7. 4. 8 et 10. pr. f. Ulp. — 34. 2. 19. § 13. f. Ulp.; 29. f. Florentin, etc., etc. — De même, dans une foule de passages où il est employé pour les accessoires incorporels d'une créance, comme les fidéjusseurs, les gages, les hypothèques, qui sont nommés *accessiones*; accessions de l'obligation principale. Voyez ci-dessous Instit. 3. 20. § 5. — D. 46. 3. 43. f. Ulp. — 46. 1. 71. pr. f. Paul. — 45. 1. 91. § 4. f. Paul, etc., etc. — Enfin, on trouve encore cette expression presque consacrée dans le sens de *accessio possessionis*, c'est-à-dire réunion de la possession commencée par une personne à la possession continuée par son successeur; ce qui se rapproche davantage du sens grammatical qu'on y attribue vulgairement aujourd'hui, puisqu'ici c'est le fait de la réunion des deux possessions qui se trouve désigné. D. 41. 2. 13. § 2, et 14. f. Ulp. et Paul. — 44. 3. 14. f. Scæv., et généralement dans tout ce titre : *De diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum.*

(2) Dig. 34. 2. 19. § 13. f. Ulp. — (3) Voy. pour les legs, Dig. 34. 2. 19. f. Ulp.; 20. f. Paul, et nombre de lois de ce titre. — liv. 30. fr. 41. § 12. — liv. 32. fr. 31 et 66. — 33. 6. 15; 33. 7. 20. § 7. — Pour les ventes : Dig. 18. 1. f. 47. 48. 49. 78. pr. — 19. 1. f. 13. § 31. f. 15. 16. 17, etc., etc. — (4) Cela est vrai pour les legs, où la règle est ainsi exprimée par Gaius : « Quæ accessionum locum obtinent extinguuntur cum principales res peremptæ fuerint » (Dig. 33. 8. 2. f. Gaius). — De même en matière d'obligation, où l'extinction de l'obligation principale éteint toutes les accessions : « In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur; puta adpromissores, hypothecæ, pignora » (Dig. 46. 3. 43. f. Ulp.).

l'intention des parties ou de régler les effets de l'acte en matière de contrats ou de dispositions.

365. Mais la même maxime et les mêmes expressions se retrouvent encore lorsqu'il s'agit, non pas de contrats, mais bien des conséquences de la propriété ou de son acquisition. C'est en ce sens que Gaius dit : « *Omne quod inædificatur solo cedit* (1) »; et dans ses Instituts, sous une forme plus générale : « *Superficies solo cedit* (2) » ; et ailleurs pour les plantes : « *Plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt* » ; — pour l'écriture : *Litteræ quoque, licet aureæ sint, chartis membranisque cedunt* (3) » ; et les jurisconsultes, discutant si c'est la toile qui doit être considérée comme l'accession de la peinture, ou la peinture comme l'accession de la toile : « *Quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere* (4) » ; et divers autres exemples qu'on pourrait multiplier outre mesure, mais que nous terminerons par ces deux énonciations générales de Paul : « *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. — Quæcumque aliis juncta, sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest* (5). » Tout cela laisse hors de doute que la règle générale et naturelle : *accessio cedat principali*, était reçue et proclamée par les Romains, en termes identiques, aussi bien en matière de propriété qu'en matière de contrats ou de dispositions.

366. Mais l'effet de cette maxime pouvait-il être de faire acquérir à une personne la propriété d'une autre? Bien que les effets ne fussent pas toujours les mêmes dans les différents cas, loin de ne trouver aucun texte pour l'affirmative, en voici un, du jurisconsulte Paul, qui s'exprime, à ce sujet, en des termes qu'il est impossible de rendre plus clairs : « In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per prævalentiam, alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli (*mali*), cogar pretium ejus quod accesserit, dare (6). Dans tous ces cas dans lesquels ma chose, *per prævalentiam*, par prédominance, *alienam rem trahit*, entraine la chose d'autrui, *meamque efficit*, et la fait mienne..., il est impossible d'exprimer plus énergiquement la prédominance de la chose principale, l'absorption de la chose d'autrui, et la propriété qui m'en est transférée.

Il reste donc établi, en fait, que la réunion d'une chose en qualité d'accession à une autre était admise dans le Droit romain

(1) Dig. 41. 1. 7. § 10. f. Gaius. — (2) Gaius. 2. § 73. — (3) Dig. 41. 1. 9. pr. et § 1. f. Gaius. — (4) Ci-dessous, § 34. — Dig. 41. 1. 9. § 2. f. Gaius. — 6. 1. 23. § 3. f. Paul. — (5) *Ib.* 23. §§ 3 et 5. Ajoutez-y cet autre fragment du même jurisconsulte : « Proculus indicat, hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset, in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit, toto cedit : ut statuæ pes, aut manus; scypho fundus, aut ansa; lecto fulcrum; navi tabula; ædificio cæmentum : tota enim ejus sunt, cujus antea fuerant » (Dig. 41. 1. 26. § 1. f. Paul). — (6) Dig. 6. 1. 23. § 4. f. Paul.

comme cause d'acquisition en certains cas, même à l'égard des choses appartenant déjà à autrui.

Il nous faut maintenant apprécier sommairement cet événement et ses conséquences, d'abord sous le rapport de la raison philosophique, et ensuite dans les détails de la jurisprudence romaine.

367. Si une chose vient se réunir, s'attacher à la mienne, non par simple rapprochement, par simple adhérence qui laisserait à chacune son individualité, mais s'incorporant, s'identifiant avec elle, de manière à ne plus en faire qu'une dépendance, qu'une partie subordonnée, il y a là un fait puissant, qui ne saurait être sans influence sur le droit, et qui devra bien souvent commander impérieusement.

Propriétaire de ma chose, je ne puis l'avoir autrement qu'elle n'est; je subis les effets de toutes ses modifications : qu'elle diminue, qu'elle s'accroisse, elle diminue, elle s'accroît pour moi, sauf le règlement des droits entre moi et les tiers qui pourraient être cause de l'un ou de l'autre de ces faits. Le résultat est forcé; ce sont les conséquences du droit de propriété plutôt qu'un droit nouveau.

Il faut donc reconnaître et dire que ce que les commentateurs ont nommé *droit d'accession* est, en réalité, un effet du droit de propriété; mais c'est un effet particulier qui, méritant une attention spéciale, peut recevoir fort convenablement une dénomination qui lui soit propre, et dans lequel il y a, en définitive, au profit du propriétaire, absorption par sa chose d'une autre chose qui n'était pas à lui, ce qui fait surgir pour les jurisconsultes et pour les législateurs des questions importantes à régler.

Il faut encore ajouter qu'il est des cas où l'incorporation, l'identification de la chose accessoire avec la principale n'est pas aussi entière, aussi absolue; où le fait ne commandait pas aussi impérativement, et où c'est le législateur, plutôt que la force des choses, qui, en considération de ce fait, par une appréciation législative de raison ou d'utilité, a fait l'attribution de la propriété, quand il aurait pu décider autrement.

Enfin, si nous pénétrons plus avant dans la nature intime du fait nommé accession, nous verrons qu'il produit une sorte d'occupation, de prise de possession; occupation d'une nature toute particulière, car elle s'opère non par la volonté des personnes, mais à leur insu, même contre leur gré, par la chose même. Le possesseur ayant en sa puissance, en sa possession, la chose, a également, par son intermédiaire, et même sans le savoir, en sa puissance, en sa possession, ce qui est venu s'y subordonner, s'y incorporer; et en quittant l'une, il est obligé de quitter l'autre, puisque c'est par la chose même que l'occupation s'est faite et se maintient.

368. Cela posé, le fait qui réunit et subordonne à une chose

principale des accessions peut survenir : — Soit pour des choses qui n'étaient encore à personne (*res nullius*); — Soit pour des choses provenant originairement de la propriété d'autrui, mais sur lesquelles il est impossible à qui que ce soit de reconnaître ou de faire constater aucun droit; — Soit enfin pour des choses appartenant à autrui.

369. Dans le premier cas, de même que l'occupation véritable des choses *nullius*, opérée par ma volonté, m'en rend propriétaire, de même l'espèce d'occupation opérée par ma chose me fait acquérir le nouvel objet qui s'y est incorporé ou subordonné comme accession. La cause attributive est aussi raisonnable et aussi juste. Ce nouvel objet, de *res nullius* qu'il était, devient mien : il y a donc acquisition de propriété. Notez que la loi devra se montrer ici moins rigoureuse dans les conditions du fait. Il ne sera pas nécessaire qu'il y ait eu incorporation, absorption irrémédiable du nouvel objet par ma chose; il pourra suffire d'un rapprochement, d'une adhésion qui l'en présente suffisamment comme un appendice, comme une dépendance, car il ne s'agit pas de dépouiller autrui, mais de faire passer dans le domaine de l'homme ce qui était encore en dehors. Ainsi, que des pigeons, que des abeilles sauvages, attirés par mes pigeons, par mes abeilles domestiques, viennent se joindre à eux et s'établir dans mon colombier, dans mes ruches, même à mon insu, ces animaux et le produit qu'ils y donneront m'appartiennent; celui qui viendrait les y prendre commettrait un vol. Les Romains rangeaient dans ce cas celui du fleuve qui abandonne son lit. Le lit desséché était considéré comme *res nullius*, parce qu'il n'était public qu'autant que les eaux y coulaient; et comme chose devenue *nullius*, il était attribué par moitié aux propriétaires voisins, en qualité d'accession des champs riverains (1). De même pour les îles nées dans le fleuve.

370. Tout ce que nous venons de dire du premier cas s'applique avec la même raison au second. Il ne s'agit encore ici de dépouiller personne, puisque les choses ne sont reconnaissables par qui que ce soit. Ainsi les feuilles détachées, aux jours d'automne, de diverses propriétés et mêlées aux miennes, sur le terrain qui m'appartient, sans qu'il soit possible à personne de distinguer ce qui vient de chez lui; l'alluvion insensible dont le fleuve accroît, pour ainsi dire grain à grain, mon champ riverain, ou même le limon noir et fécondant, parfaitement reconnaissable, qu'il y dépose tout d'un coup aux temps d'inondation; tout cela, quoique provenant du feuillage, des terres, des détritus arrachés à autrui, mais dont personne ne peut dire : Voilà qui est à moi! tout cela devient ma propriété, comme accession de mon sol, même dans des cas où il n'y a pas eu absorption, incorporation irrémédiable.

371. Borné aux deux cas qui précèdent, c'en serait assez pour

(1) Voir ci-dessous, §§ 23 et 24. — Dig. 41. 1. 30. § 1. f. Pomp.

que le fait qui nous occupe dût être compté parmi les causes d'acquisition. Ce serait alors une cause opérant seulement sur les choses *nullius,* comme l'occupation.

Mais son influence s'étend encore à un troisième cas : celui où l'accession est chose appartenant à autrui. Ici l'événement tend à dépouiller l'un par l'autre, à attribuer à l'un ce qui appartenait à l'autre. Il faut reconnaître que le fait d'accession, à lui tout seul, ne se présente pas à la raison comme une cause légitime d'une pareille transmission; et si nous continuons, à ce sujet, la comparaison que nous avons déjà faite, de même que l'occupation appliquée aux choses d'autrui n'est pas un motif pour en acquérir la propriété, de même en doit-il être, en principe, de l'accession, qui n'est qu'une sorte d'occupation opérée par la chose elle-même.

372. Cependant l'accession n'est pas un fait aussi simple que celui de l'occupation. Les effets de l'occupation peuvent cesser à volonté; celui qui s'est emparé d'une chose peut s'en séparer de même, tandis que dans l'accession il y a une sorte d'occupation matérielle, souvent difficile ou dommageable à faire cesser et souvent irrémédiable. Voilà pourquoi le législateur a besoin d'intervenir, de discerner ce qu'il y a de mieux à faire pour obvier aux conséquences de ce phénomène physique, pour opérer un accommodement entre les droits opposés qui sont en présence, et donner satisfaction à tous les intérêts légitimes.

Trois situations peuvent s'offrir :

373. 1° S'il y a eu incorporation, absorption irrémédiable, réunion qu'il est impossible physiquement de faire cesser, c'est un fait consommé, qui commande impérativement, qui altère et détruit le droit en en altérant ou en en détruisant l'objet. L'un a perdu sa chose parce qu'elle a cessé d'être ce qu'elle était; l'autre l'a acquise, ou, pour mieux dire, en a bénéficié, parce qu'elle est devenue partie intégrante, partie subordonnée de la sienne; le propriétaire du principal s'est enrichi de l'accession : il ne reste plus qu'à régler les droits pour l'indemnité. Mon chien mange le pain dont il s'est emparé chez le boulanger : dira-t-on que je suis devenu propriétaire de ce pain par accession? Le voleur mange les objets comestibles qu'il a dérobés : dira-t-on qu'il en a acquis la propriété? Il y a eu consommation, mais non acquisition. Bien des cas d'accession n'offrent autre chose qu'un fait semblable : qu'on tombe d'accord sur cela, et qu'il n'y ait plus de dispute de mots.

374. 2° Il peut arriver qu'à la rigueur il fût possible de faire cesser la réunion qui s'est opérée; mais des raisons d'utilité publique, d'agriculture, de beaux-arts, de balance d'utilité privée, ou autres, s'y opposent, raisons dont la pensée commune est, au fond, de ne pas exagérer le droit de propriété jusqu'à faire détruire, au grand détriment de l'un et au faible avantage de l'autre, un objet nouveau, ou un assemblage dont la création a été une aug-

mentation de valeur dans la masse de la richesse sociale. Dans ce cas encore, le propriétaire de l'objet principal garde les choses en l'état où elles sont; l'accessoire lui restera, sauf le règlement des indemnités. Dans l'opinion la plus répandue, on voit là une acquisition par accession, sauf, bien entendu, le payement dû au propriétaire dépossédé; une sorte d'expropriation forcée, moyennant indemnité, dont le fait qu'on nomme accession est incontestablement la cause. D'autres ne s'arrêtent pas à cette cause matérielle, ils remontent à la cause morale, à la raison d'utilité publique, d'agriculture, de beaux-arts, et disent : Voilà le motif. Tel est, si je ne me trompe, l'enseignement de notre collègue et excellent ami M. Oudot. Nous reconnaissons que cette analyse est plus complète, qu'elle pénètre plus avant, et qu'il y a tout à gagner pour l'esprit humain à remonter de cause en cause aussi loin qu'il nous est possible.

375. 3° Si aucune considération pareille n'existe, le moyen de faire rétablir les choses dans leur premier état étant possible, il doit être fourni à la partie qui a perdu sa chose.

376. Dans tous les cas, son droit de propriété renaîtra sur la chose, si elle revient à son état primitif, à moins qu'il n'y ait renoncé par suite de ses arrangements, ou que les mêmes raisons d'utilité publique, d'agriculture, de beaux-arts, qui empêchaient de faire opérer la séparation, ne l'empêchent de profiter de celle qui vient momentanément d'avoir lieu. Dans tous les cas aussi, celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit indemnité.

Enfin, n'y a-t-il pas des espèces où le doute s'élève? où, dans l'absorption réciproque de deux choses l'une par l'autre, le législateur a à déterminer quelle est la principale, quelle est l'accession? et si ni l'une ni l'autre ne peut être considérée comme telle, quels doivent être les droits des parties? En quelle considération prendre la différence de causes : le hasard, la bonne ou la mauvaise foi? Tels sont les problèmes qui se présentent dans le droit?

377. Après ces principes généraux, nous pouvons passer aux détails de la loi romaine et à l'explication des paragraphes suivants, jusqu'au trente-cinquième. Nous aurons les moyens de reconnaître sûrement ce qui est, en réalité, conséquence du fait d'accession, et ce qu'on y a faussement attribué.

XIX. Item, ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.	**19.** Le part des animaux soumis à ton domaine t'est pareillement acquis par le droit naturel.

378. Ce n'est ici que l'un des droits compris dans celui de propriété : le *jus fruendi* (voy. ci-dess., n° 343). Le fruit est un produit de ma chose; c'est à ma chose qu'il doit l'être; c'est ma chose qui est la cause efficiente, la cause génératrice : il doit donc m'appartenir. Ce raisonnement suffirait pour les produits de la terre, mais pour le croît des animaux il est insuffisant. Ici la cause génératrice est double, le mâle et la femelle; or, la propriété du mâle

ne donne aucun droit au croît. Le part appartient toujours au propriétaire de la femelle, quel que soit le mâle qui l'ait fécondée (1), sauf au propriétaire de ce dernier à retirer un prix de loyer pour l'acte de fécondation ; et si la femelle pleine est livrée à de nouveaux propriétaires, c'est à celui à qui elle appartient au moment où elle met bas que les petits sont acquis (2). C'est que pour le croît de la femelle, comme pour les produits de la terre, le fruit, avant de s'en détacher, fait corps avec la chose, en est partie intégrante, partie incorporée, et, comme tel, appartient au propriétaire de la chose : propriété qui se maintient après la séparation (3).

XX. Praeterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur.

20. Tu acquiers en outre, d'après le droit des gens, ce que le fleuve ajoute à ton champ par alluvion. L'alluvion est un accroissement insensible; et l'on considère comme ajouté par alluvion ce qui l'est tellement peu à peu, qu'il serait impossible, à un moment quelconque, d'apprécier la quantité qui vient d'être ajoutée.

379. Que l'alluvion arrive parce que le fleuve se retire insensiblement d'une rive vers l'autre, ou parce que ses flots déposent lentement sur un bord les terres qu'ils charrient, peu importe; cette nouvelle quantité, sur laquelle personne n'a ou ne peut reconnaître aucun droit de propriété, est l'accessoire des champs auxquels elle s'ajoute d'une manière insensible, et partant elle est attribuée aux propriétaires de ces champs.

L'alluvion n'a pas lieu pour les lacs ni pour les étangs, qui conservent toujours les mêmes limites, bien que leurs eaux quelquefois s'élèvent ou s'abaissent (4).

Elle n'avait pas lieu non plus pour les champs limités, et nous savons par Florentin qu'Antonin le Pieux avait émis une constitution dans ce sens : « In agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat; idque divus Pius constituit (5). » En conséquence, l'alluvion, le lit abandonné, l'île née dans un fleuve, si les champs riverains étaient *agri limitati*, appartenaient, comme *res nullius*, dit Ulpien, au premier occupant (6). M. Giraud (*Droit de propr. chez les Rom.*) trouve ici un souvenir de la limitation d'origine étrusque, accomplie avec les solennités augurales ; mais on voit par le fragment de Florentin précité qu'il s'agit de champs conquis sur l'ennemi. La partie laissée à la population vaincue reste étrangère à cette qualification d'*ager limitatus ;* mais celle prise par droit de conquête (*manucaptum*) et convertie en ce

(1) D. 6. 1. 5. § 2. f. Ulp. — (2) D. 41. 1. 66. f. Venul. — (3) Florentin, dans deux fragments différents, paraît rattacher la cause d'acquisition des fruits à l'occupation (Dig. 41. 1. f. 2 et 6). Ce qui ne pourrait s'entendre que de l'occupation opérée forcément par la chose. — (4) D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 12. f. Callistr. — (5) *Ibid.*, 16. f. Florent. — (6) D. 43. 12. *De flumin.* 1. §§ 6 et 7. f. Ulp.

qu'on appelait *un territoire*, si elle était distribuée par tant de mesures (*per modum*), soit gratuitement (*agri adsignati*), soit à l'encan, par les questeurs (*agri quæstorii*), afin qu'on sût la quotité revenant à chacun (*ut sciretur quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset*), formait des champs limités, c'est-à-dire à quotité de mesure invariable. Il en est question encore dans un fragment de Modestin (1). — L'opposé étaient les champs *occupatorii* ou *arcifinales*, c'est-à-dire, suivant Siculus Flaccus, un écrivain *rei agrariæ*, que chacun, dans la guerre, avait pu occuper, repoussant (*arcendo*) le propriétaire voisin; ou, d'après Isidore de Séville, qui n'étaient bornés (*arcentur*) que par des limites ordinaires, colline, fleuve, arbres ou autres; mais, dans tous les cas, sans quotité de mesure assignée (2). — A l'époque de Justinien on ne voit plus ces assignations pratiquées. Je pense que des limites que d'autres circonstances démontreraient irrévocablement fixées pourraient produire le même effet.

XXI. Quod si vis fluminis partem aliquam detraxerit ex tuo prædio, et vicini prædio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque quas secum traxerit in eum fundum radices egerint : ex eo tempore *videntur vicino fundo acquisitæ esse*.

21. Si, détaché par la violence du fleuve, un fragment de ton terrain est jeté contre le champ voisin, il est évident qu'il continue toujours d'être à toi. Mais si longtemps il reste adhérent au champ voisin, si les arbres qu'il a entraînés étendent leurs racines dans ce champ, alors *ce fragment et les arbres sont acquis au fonds voisin*.

380. *Videntur vicini fundo acquisitæ*. Le même texte se trouve au Digeste, fragment de Gaius; mais au lieu de *videntur acquisitæ*, il porte *videtur acquisita* (3). Dans cette leçon, c'est la partie du terrain détachée par le fleuve qui est acquise au fonds voisin dès que les arbres y ont poussé racine; dans la leçon des Instituts, il semble que ce soient les arbres seulement (*videntur acquisitæ*) : d'où la conclusion, quant au terrain, qu'il resterait toujours au premier propriétaire. Cette conclusion cependant est généralement rejetée, et l'on corrige les Instituts par le Digeste. Mais je vais plus loin, et je dis que la différence de texte sur laquelle elle est fondée ne me paraît pas même exister. En effet, dans le paragraphe des Instituts, ces mots *videntur acquisitæ* ne se rapportent pas seulement aux arbres, mais à la partie du terrain et aux arbres tout à la fois : *pars fundi et arbores videntur acquisitæ*. D'après la construction même de la phrase, *pars fundi* et *arbores* sont les sujets du verbe *videntur* (4). Une

(1) D. 10. 1. *Fin. regund.* 7. — (2) SICULUS FLACCUS : *De conditionibus agrorum*, dans la collection *Rei agrariæ* de Goès, p. 3 et suiv. — ISIDORE DE SÉVILLE, *Origines*, XV, 13. — (3) D. 41. 1. *De adquir. r. dom.* 7. § 2. — (4) Il faut avouer cependant que la paraphrase de Théophile ne parle que des arbres. On tire aussi argument, dans le sens indiqué par Théophile, de certains passages de FRONTIN et de AGGENUS, p. 42, 56 et 69 de l'édition des *Scriptores rei agrariæ*, par Goès, lesquels passages ne sont pas concluants.

autre loi du Digeste offre une espèce à peu près semblable : c'est celle où des terres entraînées par les pluies ou par toute autre cause se détacheraient d'un fonds supérieur et tomberaient sur un champ inférieur (1). Dans tous ces cas, il faut dire en résumé : 1° que le propriétaire des terres entraînées a le droit de les *vendiquer* (2) ; 2° qu'il ne le peut plus lorsque le laps de temps les a réunies comme accession au fonds contre lequel ou sur lequel elles ont été jetées ; 3° que l'extension des racines d'un fonds dans l'autre est un signe de cette réunion ; mais que du reste d'autres indices peuvent également l'annoncer : l'essentiel en cela étant, d'après les expressions mêmes de la loi, que les terres entraînées aient été intimement unies au champ voisin (*unitatem cum terra mea fecerit*) (3).

XXII. Insula quæ in mari nata est (quod raro accidit), occupantis fit : nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem *mediam partem fluminis teneat*, communis eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi quæ latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus et fuerat.

22. Une île née dans la mer, ce qui est rare, devient la propriété de l'occupant, car elle est chose *nullius*. Mais née dans un fleuve, ce qui est fréquent, elle est attribuée en commun, *si le milieu du fleuve est occupé par elle*, à ceux qui, de chaque côté, possèdent des héritages : proportionnellement à l'étendue de chacun de ces héritages le long de la rive. Si l'île est plus rapprochée de l'un des côtés, elle appartient seulement à ceux qui, de ce côté, possèdent des fonds riverains. Mais lorsque le fleuve, divisant ses eaux sur un point et les réunissant plus bas, coupe en forme d'île le champ d'un propriétaire, ce champ continue d'appartenir au même maître.

381. Il est trois manières dont une île peut se former dans un fleuve, dit Pomponius, que je traduis presque littéralement : la première, quand le fleuve coupe et entoure un terrain particulier ; la deuxième, lorsque, se desséchant sur une partie de son lit, il coule à l'entour ; la troisième, lorsque peu à peu, avec les objets qu'il charrie, il élève au-dessus de ses eaux une éminence que l'alluvion vient ensuite augmenter (4). A ces trois manières, il en faut ajouter une quatrième dont parle Paul : lorsque l'île, formée sur une couche mobile de branches ou d'autres substances légères, n'est point attachée au sol, mais flotte sur les eaux (5). L'île formée avec les terrains particuliers ne change pas de maître ; l'île flottante est publique comme le fleuve qui la porte : voyons quel était le droit quant aux îles de dessèchement et d'atterrissement. Un raisonnement naturel semblerait indiquer que, nées dans un fleuve public, ces îles doivent être publiques. Cette idée se trouve même

(1) D. 39. 2. 9. § 2. f. Ulp. — (2) *Ib.* — (3) D. 39. 2. 9. § 2. f. Ulp. — (4) D. 41. 1. 30. § 2. f. Pomp. — (5) *Ib.* 65. § 2.

exposée au Digeste dans un fragment de Labéon (1). Cependant il n'en était pas ainsi. — La théorie qui prévalut dans la législation romaine fut que le fleuve n'est public qu'en tant que fleuve. Comme tel, le lit dont il s'empare, il le rend public : « Ille etiam alveus quem sibi flumen fecit, et si privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, » dit Ulpien (2); « Alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium, » dit Gaius (3). Mais aussi, partout où il cesse de couler, le terrain redevient privé : « Certe desinit esse publicus (4). » Voilà pourquoi Pomponius dit qu'il est dans la nature du fleuve, en changeant son cours, de changer le sort juridique du lit : « Natura fluminis hoc est, ut cursu suo mutato, alvei causam mutet » ; de remplir les fonctions d'un *censitor*, déclarant public ce qui était privé, et réciproquement : « Censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum (5). » Cela posé, l'île qui surgit dans le fleuve, le lit qu'il abandonne sont de droit privé. Mais c'est comme une chose nouvelle, comme une chose *nullius*, sur laquelle personne ne peut réclamer de propriété, et que la législation romaine attribue, en conséquence, aux champs riverains en qualité d'accession; à moins que ces champs ne soient limités, auquel cas, l'île formée, ou le lit abandonné, restent chose *nullius*, et le premier occupant en devient propriétaire (6).

382. *Mediam partem fluminis teneat... proximior sit.* Faut-il entendre ces mots en ce sens que, pour que l'île appartienne en commun aux propriétaires riverains de chaque côté, il faut que, placée exactement au milieu du fleuve, elle ne soit dans aucun de ses points plus près d'une rive que de l'autre; de sorte que, si ce dernier cas arrive, elle appartiendra en entier aux propriétaires dont elle sera plus rapprochée? Tel ne doit pas être le sens de la loi. Aucun texte, il est vrai, ne me paraît offrir la solution précise de cette question : presque tous emploient les mêmes expressions : *proximior sit, proprior fuerit, proxima est* (7); cependant l'un

---

(1) « Si id quod in publico innatum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet » (D. 41. 1. 65. § 4. f. Lab.). Ce fragment de Labéon, en opposition avec une infinité de lois du Digeste, et avec ce que Labéon lui-même avait écrit plus d'une fois, a beaucoup exercé les commentateurs. Les uns l'ont considéré comme corrompu, et l'ont ainsi rétabli : *Non si id quod in publico innatum*, etc. D'autres, et parmi eux Cujas, 14. obs. 11, l'ont entendu comme parlant seulement de l'usage, ce qui toutefois ne serait vrai, malgré l'opinion de Cujas, que pour l'usage des rives. D'autres l'ont appliqué aux îles qui naîtraient devant un lieu public, par exemple devant Rome. J'ajouterai que, si ce fragment doit être conservé tel qu'il est, et dans le sens positif de ce qu'il annonce, on trouve dans la même loi 65 un paragraphe plus haut, § 2, le seul cas auquel il soit applicable, celui de l'île flottante, qui fait partie du fleuve, et qui prend sa nature. — (2) Dig. 43. 12. 1. § 7. f. Ulp. — (3) Dig. 41. 1. 7. § 5. f. Gaius. — (4) Ulp. même fragment. — (5) Dig. 41. 1. 30. §§ 2 et 3. f. Pomp. — (6) D. 43. 12. 1. §§ 6 et 7. f. Ulp. — (7) Gaius. 2. § 72. — D. 41. 1. 7. § 3. f. Gaius. — *Ib.* 30. § 2. f. Pomp. — *Ib.* 56. f. Procul.

de ces textes porte : « Ejus (*est insula*) cujus ripam contingit (1), » ce qui indiquerait un rapprochement très-grand d'un côté; la paraphrase de Théophile dit : Si l'île placée très-près d'une rive est bien loin de l'autre, ce qui annonce un éloignement très-grand de l'autre côté. D'ailleurs, que l'on entende la loi dans le sens que je combats, et il sera presque physiquement impossible que le cas ou l'île est commune aux propriétaires de chaque rive se présente jamais. Ainsi je conclus que par ces expressions, *si mediam partem fluminis teneat*, il faut entendre : si le milieu du fleuve est occupé par l'île, c'est-à-dire si l'île, dans une direction quelconque, se trouve sur le milieu, alors elle est aux riverains de chaque côté; mais si le milieu n'est pas occupé (*si vero non sit in medio*), c'est-à-dire si toute l'île est placée d'un seul côté, et par conséquent, si *toute l'île* se trouve plus rapprochée d'un côté que de l'autre (*si proximior sit*), alors elle appartient aux riverains de ce côté. En un mot, tous les points de l'île plus rapprochés d'un côté de la rive sont l'accession de ce côté; mais tous les points plus rapprochés de l'autre côté en sont l'accession. Ce n'est là qu'appliquer aux îles ce qu'une loi dit positivement pour le lit abandonné (2).

XXIII. Quod si naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit : prior quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, *rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident.*

23. Si abandonnant en entier son lit naturel, le fleuve porte ailleurs le cours de ses eaux, le lit abandonné devient la propriété de ceux qui, de chaque côté, possèdent des héritages, proportionnellement à l'etendue de chacun de ces héritages le long de la rive. Quant au nouveau lit, il commence à prendre la condition du fleuve lui-même, c'est-à-dire à être public. Que si, après un certain temps, le fleuve retourne à son premier lit, *le second devient à son tour la propriété de ceux qui possèdent des héritages sur ses bords.*

383. Cette décision et celle du paragraphe précédent découlent du même principe. Remarquez qu'ici le fait ne commandait pas impérativement au droit. L'incorporation de l'île ou du lit abandonné avec le champ riverain n'est pas telle qu'elle dût forcément et inévitablement emporter le droit de propriété. C'est le législateur qui, mû par les considérations de proximité ou d'adhérence au sol riverain, de facilité pour l'abordage et pour la culture, d'une sorte de compensation équitable à établir entre les chances de perte et de gain que peut occasionner le voisinage du fleuve, fait volontairement l'attribution de propriété. Mais les législations pourraient varier sur ce point; et, en effet, notre droit civil n'a pas consacré

(1) D. 43. 12. 1. 6. f. Ulp. — (2) D. 41. 1. 56. § 1, f. Procul. — Cependant la première partie de cette loi paraît d'abord contraire à l'interprétation que je donne. — Lire attentivement là-dessus Gaius. 2. § 72.

parmi nous les décisions de la jurisprudence romaine, dont les conséquences n'étaient pas toujours équitables, ainsi que nous allons le voir.

Rursus novus alveus eorum esse incipit, etc. Dans cette hypothèse d'un second changement de lit, il arrivera fréquemment que les propriétaires riverains recouvreront, non pas exactement, mais du moins à peu près, le terrain qui leur avait d'abord été enlevé. Cependant si, dans son premier changement de lit, le fleuve avait envahi un champ *en entier,* et qu'ensuite il fût retourné à son premier lit, le propriétaire du champ envahi en totalité n'ayant plus de propriété sur la rive du second lit, ne pourrait rien recouvrer de son terrain, que les autres riverains se partageraient. Dans ce cas particulier, que décider à son égard? Nous trouvons un fragment de Pomponius qui veut qu'on lui rende son terrain; nous en trouvons un d'Alfenus Varus qui est d'avis qu'il ne doit plus rien y prétendre. Opposition qui me semble pleinement justifiée par Gaius, qui dit : « D'après le raisonnement strict, il ne pourrait rien recouvrer... Mais à peine si un pareil résultat peut être admis. » C'était donc un point contesté, à régler sur les circonstances et sur l'équité; la manière dont le fleuve aurait envahi le terrain et le temps qu'aurait duré l'envahissement ne devraient pas être de peu d'importance dans la décision (1).

XXIV. Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat. Et ob id, si recesserit aqua palam est eum fundum ejus manere cujus et fuit.

24. Le cas est bien différent lorsqu'un champ se trouve totalement inondé, car l'inondation ne change point la nature du fonds. Aussi, lorsque les eaux se sont retirées, il est évident que le fonds continue d'être toujours au même propriétaire.

Il ne me reste à faire, pour terminer ce sujet, qu'une seule observation, mais capitale. Dans le système qui dénie radicalement que le fait nommé accession soit jamais une cause d'acquisition, on a supposé, pour échapper à l'exemple concluant tiré de l'île et du lit abandonné, que, dans les lois romaines, le lit du fleuve appartenait réellement par moitié aux propriétaires riverains; que les eaux grevaient cette propriété, mais sans la détruire; en un mot, qu'il en était du lit comme de la rive, que l'usage seulement était public et la propriété aux riverains : de sorte que cet usage venant à cesser, les riverains, si l'on admet cette explication, bien loin d'acquérir un nouvel objet, ne font que reprendre leur propriété libérée. Mais ce système hypothétique, appuyé à tort sur un fragment de Pomponius, où il ne s'agit que du sol de la rive (2), est démenti, soit par le raisonnement, soit par bon

(1) 41. 1. 30. § 3. f. Pomp., dont quelques expressions ont pu faire croire qu'il ne parlait que d'une inondation de peu de durée : « *Inundatione fluminis occupatus esset... — eodem impetu recessu fluminis restitutus.* — *Ib.* 38. f. Alfen. Var. — *Ib.* 7. § 5. f. Gaius. — (2) D. 41. 1. 30. § 1. f. Pomp.

nombre de dispositions des jurisconsultes. Ainsi, par exemple, si le principe supposé était vrai, il faudrait, dans le cas d'un second changement de lit par le fleuve, décider que les propriétaires riverains viendront reprendre exactement chacun ce que le fleuve leur avait enlevé : au lieu de cela la jurisprudence romaine, comme nous le voyons dans la disposition finale de ce paragraphe, partage entre eux par la ligne du milieu, et proportionnellement à leur largeur riveraine actuelle, le lit abandonné, sans égard à leur propriété antérieure : il y a donc pour eux un nouveau principe qui fait acquérir aux uns ce qui n'était pas à eux, tandis que les autres ont perdu ce qui leur appartenait. — La démonstration est encore plus saillante dans l'espèce dont nous venons de parler ci-dessus, dans laquelle un champ s'est trouvé envahi *en totalité* par le premier changement de lit. Ici Gaius nous exposera lui-même, en termes irrécusables, le principe de la jurisprudence romaine : *Stricta ratione,* dit-il, selon le raisonnement strict, selon la déduction stricte des principes, le propriétaire primitif ne peut rien obtenir même après le second changement de lit qui a remis à nu ce qui fut jadis son champ. Et pourquoi? quels étaient donc ces principes? « Quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma, » parce que son champ a cessé d'être et de lui appartenir. Le cours du fleuve n'était donc pas seulement une servitude qui grevait cette propriété sans la détruire, et qui devait la laisser libre en se retirant? la propriété antérieure ne fait donc rien à l'affaire? Mais Gaius achève le raisonnement : « Et quia vicinum prædium nullum habet, non potest *rationevicinitatis* ullam partem in eo alveo habere. » La propriété antérieure, il l'a eue, mais elle lui est inutile. Ce qui lui manque, c'est le voisinage. *Ratio vicinitatis,* le voisinage, la proximité, voilà la raison, la cause d'acquisition parfaitement et formellement exprimée par Gaius. Et peu importe que le jurisconsulte recule, dans l'espèce particulière, devant la rigueur du raisonnement et du principe; peu importe qu'il ajoute : Sed vix est ut id obtineat; cette exception qu'il veut faire à cause des circonstances nous signale encore mieux la règle (1). — De même, si le fleuve se retire graduellement, ou même tout d'un coup par espaces très-sensibles, d'une rive sur l'autre, le champ dont le fleuve s'éloigne s'étendra, dépassera la ligne qui était autrefois le milieu du fleuve, gagnera même sur ce qui formait jadis le champ voisin, en suivant le fleuve de retrait en retrait (2). Il y aura donc eu extension de la propriété; acquisition de ce qui jadis n'y appartenait à aucun titre. — Enfin, voici une dernière espèce supposée et expressément résolue par

(1) Dig. 41. 1. 7. § 5. — Alfenus Varus ne reculait pas devant la rigueur du principe ; il en admettait toutes les conséquences, même dans l'espèce : *Ib.* 38. — Pomponius, au contraire, admettait la modification : *Ib.* 30. § 3. — (2) Dig. 41. 1. 38. f. Alf. Var.

Proculus. Une île naît de mon côté du fleuve seulement, elle m'appartient en entier; mais de plus elle me donne droit aux alluvions tout à l'entour, aux îles et au lit abandonné des deux côtés de l'île, et par conséquent même sur les parties du lit qu'on supposerait appartenir en nue propriété à mes voisins (1). N'est-il pas évident que, dans cette hypothèse, il y aurait eu encore extension de ma propriété sur celle d'autrui, et par conséquent, acquisition par accession, à laquelle on serait obligé de revenir? Le fait véritable est que, dans tous les cas où l'on acquiert, soit l'alluvion, soit l'île, soit le lit abandonné, il y a accroissement de terrain, acquisition d'un nouvel objet sur lequel on n'avait aucun droit de propriété. Et la raison pour laquelle la loi fait cette attribution de propriété, c'est l'adhérence même, la vicinité, qui parait un motif suffisant, puisqu'il s'agit de choses sur lesquelles personne n'a plus de droit de propriété.

XXV. Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiæ dominus fuerit? ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, *aut spicis,* vinum, aut oleum, aut *frumentum fecerit;* aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit; vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit. Et post multas *Sabinianorum et Proculianorum* ambiguitates, placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam rudem reduci possit, eum videri dominum esse qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit; ut ecce : vas conflatum potest ad rudem massam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum, ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest; ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non

25. Lorsque quelqu'un, avec la matière d'un autre, a fait une chose nouvelle, on demande lequel doit naturellement en être propriétaire : celui qui l'a faite, ou plutôt celui à qui appartenait la matière? Par exemple, on a fait du vin, de l'huile *ou du froment* avec le raisin, les olives, *ou les épis d'autrui;* un vase avec l'or, l'argent ou l'airain d'autrui; du *mulsum* en mêlant le vin et le miel d'autrui; ou bien avec les médicaments d'autrui on a composé un emplâtre, un collyre; avec la laine d'autrui on a tissé un vêtement; avec les planches d'autrui on a construit un navire, une armoire, un siége. Après de longues controverses entre *les Sabiniens et les Proculéiens,* a prévalu l'avis de ceux qui, prenant un milieu, pensent que si la chose est de nature à pouvoir être ramenée à l'état de matière brute, celui-là doit être propriétaire à qui appartenait la matière; que sinon, on doit regarder de préférence comme propriétaire de la chose celui qui l'a faite. Par exemple, le vase produit par la fonte peut être ramené en un lingot d'airain, d'argent ou d'or; mais le vin, l'huile, le froment ne peuvent redevenir raisins, olives, épis, ni le mulsum se décomposer en vin et en miel. — Lorsque c'est partie avec sa matière, partie avec celle d'autrui qu'on a fait une chose nouvelle, par exemple du *mulsum* avec son vin et le miel d'au-

(1) *Ib.* 56. pr. et § 1. f. Procul. Ce fragment de Proculus renverse à lui seul toute la supposition qui fait la base du système que nous refusons d'admettre.

est, hoc casu, cum esse dominum qui fecerit; cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstitit.

trui, un emplâtre ou un collyre avec ses médicaments et ceux d'autrui, dans ce cas, nul doute que celui qui a fait la chose n'en soit propriétaire, puisqu'il a fourni non-seulement son industrie, mais encore une partie de la matière.

384. La cause attributive de propriété est ici la puissance de création. On a créé une chose nouvelle (*novam speciem*), pour me servir de l'expression consacrée par les Romains, on en devient propriétaire en qualité de créateur, parce que ce qui a été fait n'était auparavant à personne, « quia quod factum est, antea nullius fuerat ». — Mais, d'un autre côté, celui de qui vient la matière ne pourra-t-il pas prétendre à la chose nouvelle, parce que, sans matière, il eût été impossible de la faire, « quia sine materia nulla species effici possit (1)? » Il y a là deux éléments également essentiels à l'existence du nouvel objet : la matière et la création; pour lequel se décider? Nerva et Proculus, et les jurisconsultes de leur école, les *Proculéiens*, attribuaient la chose nouvelle au créateur; Sabinus et Cassius, et leurs disciples, les *Sabiniens*, à celui de qui provenait la matière première (2). Remarquez que les Sabiniens étaient absolus dans leur décision; ils l'appliquaient indistinctement, même dans les cas où il est impossible de révoquer en doute que l'objet primitif ait cessé d'exister; par exemple dans celui où, avec mon arbre converti en planches, on a fait un navire, un meuble (3), cas dans lequel, indubitablement, l'arbre, comme dit Paul, n'existe plus : Cupressus non manet, sed cupresseum corpus (4). » Aussi les Sabiniens ne donnaient pas pour motif à leur opinion que la chose première existait toujours, ce qui, dans bien des cas, eût été absurde; mais que sans elle il eût été impossible de faire le nouvel objet : « Quia sine materia nulla species effici possit. » Remarquez en effet que ce qui fait le caractère distinctif et essentiel de l'événement, ce qui fait la possibilité d'une contestation sur la propriété, c'est qu'il y a un objet nouveau; que la matière première, en l'espèce qu'elle formait primitivement, n'existe plus (*suam speciem pristinam non continet*); de sorte que celui à qui elle appartenait ne peut plus dire : Voilà ma chose; mais qu'il s'agit de savoir à qui le nouvel objet sera attribué.

Ce dernier point de vue fournit un parti mitoyen qui fut adopté par des jurisconsultes postérieurs. Si la matière peut être ramenée à son premier état, elle n'a fait réellement que changer de forme : « Materia manet, » dit Pomponius, qui est au nombre de ces éclectiques (5); le propriétaire peut la vendiquer, soutenant que

(1) Dig. 41. 1. 7. § 7. f. Gaius. — (2) Voir ce que nous avons dit de ces deux sectes et de leurs premiers chefs, Labéon et Capiton, tom. I, *Hist.* nos 346 et suiv. — (3) Dig. 41. 1. 7. § 7. f. Gaius. — (4) *Ib.* 26. f. Paul. — (5) Dig. 6. 1. 5. § 1. f. Ulp.

c'est toujours sa chose : c'est donc à lui qu'appartiendra l'espèce formée. Mais si la matière ne peut reprendre son premier état, elle a cessé d'exister; le propriétaire ne peut plus vendiquer ce qui n'est plus; c'est au créateur qu'appartient le nouvel objet. Tel est l'avis mitoyen adopté par Justinien; mais on aperçoit encore au Digeste des vestiges des anciennes opinions.

Aut spicis... frumentum fecerit. Celui qui bat les épis et en détache les grains qu'ils contiennent, dit un fragment de Gaius au Digeste, ne forme pas un objet nouveau; il met seulement à découvert des objets qui existaient : *non novam speciem facit sed eam quæ est detegit* (1). Ce cas n'est donc nullement celui de notre paragraphe, et c'est mal à propos qu'il s'y trouve placé au milieu des autres exemples empruntés à Gaius, sans le correctif que ce jurisconsulte avait ajouté.

385. Le fait qui nous occupe, dans lequel une nouvelle espèce a été produite, a été nommé par les commentateurs spécification (*specificatio*), barbarisme fabriqué avec le mot *species* qu'on trouve dans les textes; et la spécification s'est rangée parmi les moyens naturels d'acquérir. Les uns en ont fait un cas particulier d'accession, en ce sens qu'à la matière serait venue s'unir une nouvelle forme, et qu'il s'agirait de déterminer ce qui doit être considéré comme principal ou comme accessoire de la matière ou de la forme. Les autres y ont vu une espèce d'occupation, ce qui n'est pas plus exact. La réalité, c'est qu'il y a ici une cause toute particulière pour l'attribution de la propriété : la création d'une chose qui n'existait pas.

386. Pour terminer l'explication de ce paragraphe, j'exposerai trois questions importantes qui divisent les commentateurs.

1re Question. *La décision consacrée par Justinien s'appliquait-elle, même au cas où le nouvel objet avait été fait par une personne de mauvaise foi?* Nous poserons d'abord en principe deux points incontestés : premièrement, que l'on considère comme créateur de l'objet celui qui l'a fait ou qui l'a fait faire, et non l'ouvrier dont le travail a été employé (2); secondement, que, lorsque le nouvel objet a été fait du consentement du maître de la matière, c'est l'intention des parties qui règle leurs droits : il faut examiner si le maître a vendu ou cédé sa matière (3), si l'ouvrier a seulement loué son travail, ou s'ils ont voulu former une société entre eux. Cela posé, on voit que notre paragraphe ne s'applique qu'au cas où le nouvel objet a été fait sans le consentement du maître de la matière. Dans ce cas, la bonne ou la mauvaise foi de celui qui avait fait l'objet était-elle indifférente quant à la question de propriété? On ne trouvait dans les lois de Justinien aucun fragment qui pût résoudre positivement cette question; mais elle

(1) D. 41. 1. 7. § 7. f. Gaius. — (2) D. 41. 1. 27. § 1. f. Pomp. — (3) *Ib.* 25. f. Callist.

me paraît aujourd'hui hors de doute, d'après ce passage des commentaires de Gaius : « D'autres jurisconsultes pensent, au » contraire, que la chose *appartient à celui qui l'a faite*..... ; » mais ils donnent à celui à qui la matière appartenait l'action de » vol contre le voleur, etc. (1). » Ainsi le voleur lui-même qui avec mes raisins aurait fait du vin, avec ma laine un vêtement, en serait devenu propriétaire, parce que la matière qui m'appartenait n'existe plus, et que le nouvel objet que le voleur a créé n'était auparavant à personne : « Quia quod factum est antea nullius fuerat (2). »

387. 2° Question. *Quelles actions naissaient dans les diverses circonstances de ce paragraphe?* Dans tous les cas, le propriétaire du nouvel objet avait la *vendication* (*rei vindicatio*) pour réclamer cet objet partout où il se trouvait. Mais une indemnité était due soit pour la matière, soit pour l'industrie, parce que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (3).

De plus, lorsque le confectionnaire avait volé la matière, il pouvait, même dans le cas où il restait propriétaire du nouvel objet, être poursuivi, 1° par l'action du vol (*actio furti*), toute pénale, et qui avait pour résultat de lui faire payer à titre de peine le *quadruple* de la chose volée, s'il avait été pris en flagrant délit, sinon *le double* seulement (4); 2° par la *condictio furtiva*, ou par l'action *ad exhibendum*. Le mot *condictio*, qui avait divers sens, désignait plus spécialement une action personnelle par laquelle le demandeur soutient que le défendeur est obligé de lui transférer quelque chose en propriété (*dare*) (5). On en donnait une de cette nature contre le voleur, nommée *condictio furtiva*, pour le contraindre personnellement à restituer l'objet volé, ou bien à en payer la valeur (6). Celui à qui appartenait la matière volée n'en étant plus propriétaire, puisqu'elle n'existait plus, ne pouvait pas la vendiquer, ni vendiquer l'objet nouveau qui ne lui appartenait pas; mais par la condiction il parvenait à se faire indemniser (7).—L'action *ad exhibendum* avait pour but de faire *exhiber*, représenter par quelqu'un un objet qu'il avait caché, fait disparaitre ou détruit de mauvaise foi (8). Elle était donnée à toute personne ayant intérêt légitime à ce que cet objet fût représenté (9). Le juge ordonnait qu'on exhibât sur-le-champ,

---

(1) Gai. 2. § 79. — (2) D. 41. 1. 7. § 7. f. Gaius. — Les textes qui m'ont fait longtemps hésiter sur cette question sont les trois suivants : D. 10. 4. 12. § 3. f. Paul; D. 13. 1. 14. § 3. f. Juli., et surtout D. 41. 3. 4. § 20. f. Paul. Mais, après un mûr examen, ils m'ont paru pouvoir être expliqués d'une manière satisfaisante. Quelques auteurs assimilent le spécificateur de mauvaise foi à celui qui a bâti sciemment sur le sol d'autrui, et qui est censé avoir donné gratis son travail; mais il est facile de voir que, dans ce dernier cas; aucun objet nouveau n'a été fait : aussi n'y a-t-il aucun doute quant à la propriété.

(3) D. 13. 1. 13. f. Paul. — (4) Inst. 4. 1. §§ 5 et 19. — (5) Inst. 4. 6. § 15. — (6) *Ib.* 4. 1. § 19. — (7) Gaius. 2. 79. — D. 13. 1. 14. § 3. f. Jul. — (8) D. 10. 4. 9. f. Ulp. — (9) D. *Ib.* 19. f. Paul.

ou dans le délai qu'il jugeait convenable d'accorder. Si, au jour fixé, l'exhibition n'était pas faite, alors il condamnait le défendeur en réparation du préjudice causé au demandeur par ce défaut d'exhibition (1). Dans l'espèce le propriétaire de la matière volée ne pouvait plus la vendiquer, puisqu'elle n'existait plus; mais comme le voleur l'avait consommee de mauvaise foi, il agissait contre lui *ad exhibendum* (2), et celui-ci, ne pouvant pas exhiber une chose qui ne pouvait revenir à son premier état, était condamné à tous les dommages-intérêts. Il faut remarquer que l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva*, ayant toutes deux pour but de faire indemniser le volé, ne pouvaient pas être cumulées dans leur résultat. Mais, en outre, on avait toujours l'action de vol, qui était toute pénale.

388. 3° Question. *Comment entendre la dernière partie du paragraphe : Quod si partim ex sua materia*, etc.? Le sens grammatical des Instituts est évidemment que, si celui qui a fait le nouvel objet a fourni son industrie, et de plus une partie de la matière, il n'y a aucun doute, l'objet est à lui. Mais dans les trois exemples cités à ce sujet, le mulsum, le collyre, le vêtement, on voit que les matières employées ne peuvent revenir à leur premier état ; d'où quelques commentateurs ont conclu que c'est par cette raison que le confectionnaire a la propriété des nouveaux objets, et qu'il ne l'aurait pas si, par exemple, avec son cuivre et celui d'autrui il avait fait un vase, une statue. A l'appui de cette assertion ils citent quelques lois du Digeste; mais l'opinion contraire est la plus généralement adoptée. Elle est plus conforme au texte des Instituts, que confirme encore la paraphrase de Théophile (3).

XXVI. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpuræ, *adversus eum qui subripuit* habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius; nam extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et *quibusdam aliis possessoribus* possunt.

26. Si quelqu'un a mis dans le tissu de son vêtement la pourpre d'autrui, cette pourpre, bien que plus précieuse, suit le vêtement comme accession; mais celui qui en était propriétaire a *contre le voleur qui la lui a soustraite* l'action de vol et la condiction, que ce soit ce voleur ou tout autre qui ait fait le vêtement; car les choses eteintes, bien qu'elles ne puissent plus être vendiquees, peuvent encore être réclamées par condiction contre le voleur et quelques autres possesseurs.

---

(1) Inst. 4. 17. § 3. — (2) D. 10. 4. 12. § 3. f. Paul. — (3) Les lois citées contre cette opinion sont : D. 6. 1. 3. § 2. f. Ulp. — 4. f. Paul. — 5. f. Ulp. — 41. 1. 12. § 1. f. Callist. Il suffit de remarquer que ces fragments des anciens jurisconsultes sont empreints des opinions diverses abrogées dans la legislation de Justinien; que d'ailleurs rien dans ces fragments, tels qu'ils sont placés au Digeste, ne dit qu'il s'agisse d'une personne qui, avec son metal et celui d'autrui, a fait un nouvel objet. Il s'y agit plutôt du cas où le metal de deux personnes a été confondu par accident ou par un tiers. C'est ce que suppose même clairement un de ces fragments : D. 6. 1. 4. f. Paul.

389. Il s'agit ici de ce que les commentateurs nomment *adjonction*. Quoique notre paragraphe n'en cite qu'un exemple particulier, il s'applique à tous les cas semblables. « Les objets quelconques, dit Paul, qui, joints à une chose, lui cèdent comme accession, tant qu'ils y restent attachés, ne peuvent plus être vendiqués par le maître (1). » L'important est de savoir des deux choses jointes ensemble quelle est l'accession. Dans notre exemple, la pourpre est toujours l'accession du vêtement, même lorsqu'elle est beaucoup plus précieuse, dit le texte (*licet pretiosior*), parce qu'elle n'est attachée au vêtement que pour l'orner (2).

390. *Adversus eum qui subripuit*. Quelles actions a le maître de l'objet accessoire? Notre texte ne s'occupe de cette question que dans le cas où il y a eu vol. Nous la traiterons en général. Cet objet n'existe plus en nature; dans notre exemple, il n'y a plus de pourpre, mais bien un habit orné de pourpre; le maître ne peut donc plus le vendiquer; l'accession a passé, comme partie subordonnée d'un tout, en la propriété de celui à qui ce tout appartient. Mais comme il n'y a pas ici absorption, incorporation irrémédiable, la législation romaine donne au propriétaire primitif de l'accession le moyen de faire rétablir sa chose dans son premier état, et alors de la réclamer comme sienne. Ainsi il pourra agir *ad exhibendum* pour faire détacher l'objet, et le vendiquer après qu'il aura reparu (3). Si l'objet a été volé, alors on a contre le voleur, comme nous l'avons expliqué dans le paragraphe précédent, l'action de vol, et la condiction furtive ou l'action *ad exhibendum*.

391. Cependant il était des cas où, quoique à la rigueur le rétablissement fût possible, la loi romaine ne donnait pas le droit de le faire opérer. Paul, d'après Cassius, nous en donne un exemple bien saillant, dans le cas où un pied ou un bras a été ajouté à ma statue par l'opération que les Romains nommaient *ferruminatio;* ce bras devient ma propriété, absorbé qu'il est par l'unité de la plus grande partie, c'est-à-dire de la statue (*unitate majoris partis consumitur*); et après avoir été ainsi aliéné, non-seulement l'ancien propriétaire ne pourra pas agir pour le faire séparer, mais même, s'il vient à l'être, il restera toujours mien : « Et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. » Le propriétaire primitif n'avait qu'une action *in factum* pour se faire indemniser. Certes, dans ce cas, personne ne niera qu'il y ait eu acquisition à mon profit

---

(1) D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul. — (2) « ... Cum quærimus, quid cui cedat : illud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur » (D. 34. 2. 19. § 13. f. Ulp.). — (3) « Quæcumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quandiu cohærent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest ut separentur et tunc vindicentur » (D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul). Dans quelques cas particuliers, l'action *ad exhibendum* ne peut avoir lieu; le maître a alors une action *in factum* (*ibid.*)

de la chose d'autrui, par suite de sa réunion comme dépendance à ma chose (1). La décision n'eût pas été la même pour le cas de simple soudure au moyen de plomb.

Quibusdam aliis possessoribus. Ici une difficulté de texte se présente. Les uns lisent *quibusdam possessoribus;* d'autres, et parmi eux Cujas, *quibusque possessoribus*. Le sens serait, dans le premier cas, que les choses éteintes peuvent se poursuivre par condiction contre le voleur et *quelques autres possesseurs;* dans le second, contre le voleur et *contre tous possesseurs*. Les Instituts de Gaius (*Comm.* 2, § 79), d'où ce passage est évidemment extrait, portent *quibusdam;* ainsi le doute est en partie levé. En effet, ce principe qu'annonçait Gaius, nous le trouvons plus d'une fois dans le Digeste (2). On ne l'aurait pas répété si spécialement pour les voleurs, s'il eût été applicable à tous possesseurs. Quant aux mots *et quibusdam possessoribus*, ils s'expliquent fort bien; car on peut réclamer par condiction les choses éteintes contre les héritiers du voleur, contre tous ses successeurs (3), contre les possesseurs de mauvaise foi, ou même de bonne foi, s'ils ont fait périr la chose par leur faute, ou s'ils ont été mis en demeure de la rendre (4). Seulement, dans le cas où celui qu'on poursuit n'est pas le voleur, on agit par une autre condiction que la condiction furtive (5). (App. 1, liv. 2.)

XXVII. Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est; nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu, et non voluntate dominorum, confusæ fuerint vel diversæ materiæ,

27. Si deux propriétaires ont volontairement confondu des matières qui leur appartiennent, le corps formé par la confusion est, dans toutes ses parties, commun entre eux; comme s'ils ont mêlé leur vin, ou fondu ensemble des lingots soit d'or, soit d'argent. Il en est de même, bien que les matières soient différentes, et qu'avec elles une nouvelle espèce ait été créée, par exemple, du *mulsum* avec du vin et du miel, ou de l'*electrum* avec de l'or et de l'argent; car, dans ce cas, nul doute que

(1) D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul. — Cette décision est d'autant plus remarquable, qu'elle est empruntée par Paul à Cassius, qui, dans le cas même de création d'un nouvel objet, attribuait toujours la propriété au maître de la matière. Voy. Dig. 41. 1. 26. § 1. f. Paul, où ce sont les jurisconsultes de l'autre école, Servius, Labéon, Proculus, dont l'opinion est conforme. Ici les deux écoles sont d'accord. — (2) « Condici furi potest, etiam si res sit aliqua ratione extincta » (Dig. 47. 2. 46. princ. f. Ulp.). Voy. aussi Dig. 13. 1. 20. f. Tryphon. — (3) Dig. 13. 1. 7. § 2. f. Ulp. — (4) D. 13. 3. 3. f. Ulp. — (5) D. 12. tit. 7. — 13. tit. 3. — Théophile, dans sa paraphrase, dit qu'on peut poursuivre contre tous possesseurs; mais je m'explique cela, parce que Théophile ne veut pas énoncer comme Gaius un principe général pour tous les cas où la chose a péri, même entièrement; il a en vue le cas particulier de notre paragraphe, où la pourpre étant mise dans le tissu de l'habit, tout possesseur est enrichi de cette pourpre. « On » peut, dit Théophile, poursuivre par condiction le voleur ou tous possesseurs : » mais si c'est le voleur qui possède le vêtement, on aura contre lui l'action de » vol et la condiction : si c'est un autre que le voleur, la condiction seulement. »

vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

le nouvel objet ne soit commun. Si c'est par le hasard, et non par la volonté des propriétaires, qu'il y a eu confusion de choses différentes ou de même espèce, la même décision a été encore adoptée.

392. On a nommé *confusion* l'union des choses liquides ou réduites à l'état de liquides. Trois cas sont à distinguer : 1° ou c'est par la volonté des maîtres que la confusion a eu lieu ; alors, que les choses confondues aient formé ou non une nouvelle espèce, qu'elles puissent ou non se séparer, le résultat de la confusion est toujours commun ; 2° ou c'est par hasard, et alors, dit notre texte, la décision est la même (*idem juris esse placuit*) : les choses confondues sont communes ; mais il faut supposer qu'elles ne peuvent plus être séparées ; car si elles le pouvaient, on devrait appliquer le paragraphe suivant ; 3° enfin, ou c'est par le fait d'autrui. Notre texte ne s'occupe pas de ce cas ; mais nous savons que si le confectionnaire a fait une nouvelle espèce, elle lui appartient ; sinon les choses confondues doivent être communes. — Lorsque le résultat de la confusion est commun, il existe entre les divers propriétaires, si c'est par leur volonté, une véritable société ; si c'est sans leur volonté, comme une espèce de société ; mais dans tous les cas, chacun d'eux a, pour faire partager la chose commune, une action que l'on nomme *actio communi dividundo* (1).

XXVIII. Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune est ; quia singula corpora, id est, singula grana quæ cujusque propria fuerint, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant : nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit : arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet quale cujusque frumentum fuerit.

28. Lorsqu'à ton froment a été mêlé celui de Titius, si ce mélange s'est fait par votre volonté, il est commun, parce que chaque corps séparé, c'est-à-dire chaque grain, qui vous était propre en particulier, est, par votre consentement, devenu commun. Si le mélange a été fait par le hasard, ou par Titius sans ta volonté, il n'est point commun, parce que chaque grain conserve séparément sa propre existence. Dans ce cas, il ne s'établit de communauté pas plus pour le blé qu'il ne s'en établirait pour un troupeau, si les troupeaux de Titius se mêlaient aux tiens. Mais si l'un de vous possède tout le froment, l'action réelle doit être donnée proportionnellement à la quantité de blé de chacun. Il appartiendra, du reste, à l'arbitrage du juge, d'apprécier quelle était la qualité du froment de chaque partie.

393. On a nommé mélange (*commixtio*) le rapprochement d'objets non liquides, dont les particules ne se confondent point. Dans le cas de mélange, chacun des objets continue d'exister en nature et séparément, *utraque materia, etsi confusa, manet* (2) ;

(1) D. 41. 1. f. 7. § 8, et 12. § 1. — 6. 1. f. 3. § 2 ; 4 et 5. § 1. — 10. 3. 2 — (2) D. 6. 1. 5. § 1. f. Ulp.

de là une distinction : si le mélange a été fait du consentement de tous les propriétaires, alors il est commun, parce que telle a été la volonté des parties, et chacune d'elles a, pour faire opérer le partage, l'action *communi dividundo;* si le mélange a été fait par hasard, ou par le fait d'un seul, alors chacun demeure propriétaire des objets à lui, parce qu'ils n'ont pas cessé d'exister en nature; il ne peut y avoir lieu à l'action *communi dividundo,* mais bien à la vendication. Telle est la conséquence nécessaire des principes. Dans ces cas, la vendication n'offre aucune difficulté s'il s'agit de choses bien distinctes, faciles à séparer, comme des têtes de bétail; mais s'il s'agit de grains de blé, alors ce sera l'office du juge d'apprécier, selon la quantité et la qualité du grain appartenant à chacun, ce que, dans son ordre préalable (*arbitrium; arbitrio judicis continetur*), il doit ordonner de restituer à celui qui vendique (1).

XXIX. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii, quia omne quod inædificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerat *desinit dominus ejus esse;* sed tantisper neque vindicare eam potest, neque *ad exhibendum* de ea re agere, propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet, per actionem quæ vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tignis *omnis materia significatur* ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

29. Celui qui, sur son terrain, bâtit avec les matériaux d'autrui, est propriétaire de l'édifice, parce que toute construction suit le sol comme accession. Cependant, celui à qui appartenaient les matériaux *ne cesse point pour cela d'en être propriétaire;* mais tant qu'ils sont attachés au bâtiment, il ne peut ni les vendiquer ni intenter à leur sujet l'action *ad exhibendum,* car la loi des Douze Tables ordonne que nul ne soit contraint à extraire de ses constructions les matériaux d'autrui qu'il y a employés, mais qu'il soit forcé à payer le double de leur valeur par l'action nommée *de tigno juncto*. Le mot *tignum* comprend *toute espèce de matériaux* servant à bâtir. Ces dispositions ont eu pour but d'empêcher qu'on ne se trouvât dans la nécessité de démolir les bâtiments. Mais si, par une cause quelconque, l'édifice était abattu, alors le maître des matériaux, s'il n'avait pas encore reçu le double de leur valeur, pourrait les vendiquer ou intenter l'action *ad exhibendum*.

394. Voici encore un cas où, bien qu'à la rigueur on pût faire ramener les choses à leur premier état, la législation romaine n'en donne pas le droit. Ces dispositions prennent leur source dans la loi des Douze Tables. « *Tignum junctum ædibus vineæque* ET CONCAPET *ne solvito,* » dit cette loi dans un fragment qui nous est connu (2). Ainsi elle avait pourvu aux intérêts de la ville, en

(1) Voir Théophile sur ce paragraphe. Le Digeste porte : « Competit singulis in rem actio in id in quantum patet in illo acervo suum cujusque esse » (D. 6. 1. 5. princ. f. Ulp.) — (2) Ce fragment est pris dans FESTUS, verb. *Tignum*. Nous en avons donné l'explication : tom. I, *Hist.*, p. 106, table 6, § 8. Les mots ET CONCAPET sont évidemment altérés.

empêchant que, pour une utilité privée, les édifices ne fussent abattus; à ceux des champs et de l'agriculture, en refusant la faculté de faire arracher les bois employés pour la culture des vignes. Ce principe que la ville ne doit pas être défigurée par des ruines (*ne ruinis urbs deformetur*) (1) se perpétua, toujours respecté par la législation. Quant au texte dans lequel la loi des Douze Tables donnait l'action *de tigno juncto*, il ne nous est point parvenu, bien que plus d'un jurisconsulte parle de cette disposition. Un titre au Digeste (liv. 47, tit. 3) est consacré à cette action.

Nec desinit ejus dominus esse. Puisque le maître du sol devient propriétaire de l'édifice, comment celui à qui appartiennent les matériaux n'en perd-il point la propriété? Les jurisconsultes romains conciliaient ces deux propositions par une distinction que sans doute on trouvera quelque peu subtile. Le maître du sol, disent-ils, acquiert bien la propriété de l'édifice en masse, considéré comme objet immobilier attaché au sol, mais non celle des matériaux considérés séparément comme objets mobiliers (2).

C'est ce qui a lieu, du reste, dans tous les cas analogues, l'accession ne passe en la propriété du maître de la chose principale qu'en qualité de dépendance, de partie subordonnée de cette chose. Mais, considérée isolément, en abstraction, si c'est possible, elle est toujours au maître primitif.

Ad exhibendum. Que le maître des matériaux ne puisse plus les vendiquer, c'est un principe général, parce qu'ils n'existent plus en nature; mais qu'il ne puisse pas même agir *ad exhibendum*, comme dans le cas de la pourpre et autres semblables (§ 25), c'est en cela que consiste l'exception, introduite parce que cette action aurait pour but de faire détacher les matériaux et par conséquent détruire l'édifice.

Omnis materia significatur. « Tigna enim a tegendo dicta sunt, » telle est l'étymologie, un peu douteuse, donnée par Ulpien à ce mot générique (3).

395. En somme, nous distinguerons plusieurs cas. 1° Si les matériaux ont été employés de bonne foi, le maître n'a que l'action *de tigno juncto*; une fois payé par suite de cette action, il ne peut plus rien réclamer, quand même l'édifice viendrait à être détruit. 2° Si les matériaux ont été employés de mauvaise foi, le maître pourra choisir ou de l'action *de tigno juncto*, ou de l'action *ad exhibendum*; mais ce serait une erreur de conclure de là que le propriétaire de l'édifice peut être forcé à démolir; ici il n'est pas attaqué par l'action *ad exhibendum* comme possédant la chose,

(1) D. 43. 8. 7. f. Jul. — (2) Cette distinction était parfaitement établie. (D. 41. 1. 7. § 11. f. Gaius. — 41. 3. 23. § 2. f. Javol.). Théophile, sur ce paragraphe, dit : « Il ne perd pas *irrévocablement* la propriété des matériaux. » Cette expression contient une explication plus simple, mais qui n'était pas celle des jurisconsultes romains. — (3) D. 47. 3. 1. § 1. f. Ulp.

mais comme ayant agi de mauvaise foi, de manière à ne plus la posséder (*quasi dolo malo fecerit quominus possideat*) (1); en conséquence, étant dans l'impossibilité de satisfaire à l'exhibition, il sera condamné par le juge. 3° Si c'est le voleur qu'on veut attaquer, on aura contre lui l'action de vol et la condiction ou l'action *ad exhibendum*, ainsi que nous l'avons expliqué n° 387; on pourra aussi intenter contre lui, si l'on aime mieux, l'action *de tigno juncto*, ce qui n'enlèvera pas le droit, si l'édifice vient à être détruit, de vendiquer encore les matériaux (2), parce que dans ce cas le double que le voleur aura payé par suite de l'action *de tigno juncto* sera considéré comme la peine de son vol.

XXX. Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cujus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, *quia voluntate ejus intelligitur esse alienata*, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum *per exceptionem doli mali* repelli : utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

30. Si, à l'inverse, quelqu'un avec ses matériaux élève une maison sur le sol d'autrui, c'est au propriétaire du sol qu'appartient la maison. Mais, dans ce cas, le maître des matériaux en perd la propriété, *parce qu'il est censé les avoir volontairement aliénés*, du moins lorsqu'il n'ignorait pas construire sur le sol d'autrui; d'où il suit que, même la maison venant à être détruite, il ne peut vendiquer les matériaux. Il est bien constant que si le constructeur se trouve en possession, le maître du sol qui réclame la maison comme sienne, sans payer le prix des matériaux et de la main-d'œuvre, peut être repoussé *par l'exception de dol*, dans le cas, bien entendu, où le constructeur était de bonne foi; car, pour celui qui était de mauvaise foi, on pourra lui reprocher d'avoir imprudemment bâti sur un sol qu'il savait appartenir à autrui.

396. *Quia voluntate ejus alienata intelligitur*. Ce principe rigoureux, parce qu'il est inséré dans les Instituts, est vulgairement connu, et plus d'une fois même on l'invoque dans notre droit civil, tandis qu'on passe sous silence les passages du Digeste et du Code qui prouvent qu'on l'avait singulièrement modifié. Ainsi, d'après un fragment de Paul et une constitution de Gordien, nous voyons que, malgré le principe rigoureux, il est plus convenable (*benignius*), lorsque le propriétaire vendique son terrain, d'accorder, même au possesseur de mauvaise foi, des dédommagements pour les dépenses nécessaires ou vraiment utiles qu'il aurait faites; ce qui devra être apprécié par le juge (3). Bien plus, nous voyons au Code que, déjà sous Antonin, il avait été décidé par une constitution de cet empereur qu'après la démolition de l'édifice, le constructeur, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, reprenait la propriété des matériaux et pouvait les

(1) D. 47. 3. 1. § 2. f. Ulp. — 6. 1. 23. § 6. f. Paul. — (2) D. 47. 3. 2. Ulp. — (3) D. 5. 3. 38. f. Paul. — Cod. 3. 32. 5. const. Gord.

vendiquer, s'il n'avait pas élevé les constructions dans l'intention de les donner (*si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint*) (1). Ainsi, le fait qu'il a voulu donner n'est plus légalement supposé; il doit résulter réellement des circonstances (2).

Per exceptionem doli mali. Nous avons suffisamment expliqué (tom. I, *Génér.*, n° 280) ce que c'était que les exceptions sous le système de la procédure par formules, et ce qu'elles étaient devenues sous Justinien. Dans le cas où, selon les principes rigoureux de la loi civile, le droit qui servait de fondement à l'action existait, mais où l'on avait à reprocher au demandeur des faits de dol, soit dans les actes qui avaient fait naître le droit, soit même dans la poursuite qu'il en formait, le magistrat, en indiquant au juge la prétention du demandeur, et en lui donnant le pouvoir de condamner, y mettait cette restriction : « S'il n'y a » eu et s'il n'y a aucun dol de la part *d'Aulus Agerius*. (*Si in* » *ea re, nihil dolo malo* Auli Agerii *factum sit, neque fiat* (3). » Dans notre espèce, le propriétaire du terrain a le droit de le vendiquer, puisque ce terrain est à lui; mais s'il se refuse à payer les constructions, il y a de sa part mauvaise foi, il sera rejeté en vertu de l'exception de dol. Mais cette exception ne pouvait servir au constructeur que dans le cas où, se trouvant lui-même en possession, il était attaqué par le propriétaire. Si, par une circonstance quelconque, il avait cessé de posséder, il n'avait aucune action pour se faire indemniser. Il pouvait seulement vendiquer ses matériaux après la chute de l'édifice. C'était une règle formellement reconnue par les jurisconsultes romains (4). (App. 1, liv. 2.)

397. En somme : 1° les constructions ont-elles été faites de bonne foi? le constructeur, s'il possède, a contre le maître qui vendique l'exception de dol, pour se faire payer les matériaux et la main d'œuvre; s'il ne possède pas, il n'a que le droit de vendiquer les matériaux après la démolition. 2° Les constructions ont-elles été faites de mauvaise foi? le constructeur, en principe rigoureux, n'a, pour se faire indemniser, ni action ni exception. Cependant un avis plus favorable lui accorde une indemnité pour les dépenses nécessaires ou utiles, et une constitution d'Antonin lui donne le droit, une fois l'édifice abattu, de vendiquer les matériaux, si son intention n'avait pas été de les donner.

XXXI. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex

31. Si Titius met dans son terrain la plante d'autrui, elle est à lui; si, à

(1) Cod. 3. 32. 2. c. Anton. — (2) Un fragment de Paul, au Digeste (19. 2. 55. § 1), nous dit que le fermier qui a construit sur le terrain loué par lui a droit à être indemnisé; en effet, il est évident qu'il n'avait pas élevé les constructions pour les donner. — (3) GAI. 4. 119. L'expression *dolus malus* vient de ce que les anciens Romains distinguaient la fraude (*dolus malus*) de la ruse licite (*dolus bonus*), par exemple, celle qu'on aurait employée pour se garantir des voleurs (D. 4. 3. 1. § 3). — (4) D. 6. 1. 48. f. Papin. — 12. 6. 33. f. Jul. — 44. 4. 14. f. Paul.

diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit; si modo, utroque casu, radices egerit; ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices egerit, *Titii effici arborem dicimus;* ratio enim non permittit ut alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

l'inverse, il met sa plante dans le terrain de Mævius, la plante est à Mævius; pourvu, dans l'un et l'autre cas, qu'elle ait pris racine, car, jusqu'à ce moment, elle reste au même propriétaire. Il est si vrai que la propriété change dès que la plante a poussé racines, que, si un arbre voisin est tellement rapproché du fonds de Titius qu'il y ait jeté ses racines, nous disons *qu'il est devenu la propriété de Titius.* La raison ne permet pas, en effet, qu'un arbre soit à un autre qu'à celui dans le fonds duquel il a jeté ses racines. D'où il suit que l'arbre posé près des limites, s'il étend des racines même dans le champ voisin, devient commun.

398. La règle formulée par Labéon et par Gaius, *superficies solo cedit* (1), comprend dans sa généralité, et les constructions : « omne quod inædificatur solo cedit (2), » et les plantations : « plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt (3). » Le moment où le changement de propriété s'opère est celui où la plante a poussé ses racines dans le nouveau sol (*ubi coaluit*) : alors le lien d'adhérence qui les unit l'un à l'autre s'est formé. Sans doute on ne peut pas encore dire qu'elle doive sa substance à ce sol, puisqu'elle vient à peine, à l'instant même, de s'y attacher; sans doute on pourrait encore, à la rigueur, opérer la séparation et transporter la plante ailleurs; mais le bien de l'agriculture doit faire refuser ce droit de déplacement. D'ailleurs, au bout d'un certain temps, il ne serait plus juste, puisque la plante se transforme en s'alimentant.

Les décisions des paragraphes précédents, quant aux droits et aux moyens de se faire indemniser, s'appliquent aux plantations, avec ces différences très-importantes : 1° que l'action *de tigno juncto* ne s'étend pas à ce cas (4); 2° que dans aucun cas l'arbre, après sa chute, ne revient, comme les matériaux, au premier propriétaire, parce que, de même que tous les corps organiques, en se nourrissant il se renouvelle, et finit par ne plus être composé que de substances nouvelles (5).

Titii effici arborem dicimus. Cette règle ne paraît pas avoir été unanimement adoptée par les jurisconsultes romains. Gaius la professait; Pomponius était d'une opinion contraire. Nous trouvons leurs opinions insérées toutes deux au Digeste (6).

XXXII. Qua ratione autem plantæ quæ terræ coalescunt, solo cedunt, ea-

32. Par la même raison que les plantes enracinées, les grains ensemen-

(1) GAIUS. 2. § 73. — DIG. 43. 17. 3. § 7. f. Ulp. — (2) DIG. 41. 1. 7. § 10. f. Gai. — (3) *Ib.* 9. pr. f. Gaius. — (4) Le propriétaire de la plante se fera indemniser ou par l'action *in factum* (D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.), ou par une action utile en vendication (*Ibid.* f. 5. § 3. Ulp.). — (5) D. 41. 1. 26. § 2. f. Paul. — (6) D. 41. 1. 7. § 13. f. Gai. — 47. 7. 6. § 2. f. Pomp.

dem ratione, frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

cés suivent le sol comme accession. Du reste, de même que le possesseur qui a construit sur le terrain d'autrui peut, selon ce que nous avons dit, si le maître vendique contre lui l'édifice, se défendre par l'exception de dol, de même est protégé par cette exception celui qui, à ses frais et de bonne foi, a ensemencé le champ d'autrui.

XXXIII. Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.

33. L'écriture, fût-elle en or, suit en accession le papier ou le parchemin, comme les constructions ou les semences suivent le sol. Si, par conséquent, sur ton papier ou sur ton parchemin, Titius a écrit des vers, une histoire, un discours, ce livre n'est pas à Titius, mais à toi. Mais si tu le réclames comme tien contre Titius, sans être prêt à payer les frais d'écriture, Titius pourra se défendre par l'exception de dol, dans le cas, bien entendu, où c'est de bonne foi qu'il se trouve possesseur de ces feuilles ou de ce parchemin.

Il est sans doute inutile de remarquer qu'il ne s'agit pas ici de la propriété de l'œuvre littéraire elle-même, mais seulement de la propriété de l'écriture. La question avait une importance d'application plus saillante à l'époque où l'imprimerie n'existant pas, l'écriture à la main était le moyen de reproduction des ouvrages.

XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere : ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat, *consequens est ut utilis actio* domino tabulæ adversus eum detur. Quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

34. Si quelqu'un a peint sur la planche d'autrui, selon quelques jurisconsultes, la planche cède à la peinture, selon d'autres, la peinture, quelle qu'elle soit, cède à la planche. Mais la première opinion nous paraît préférable. Il serait ridicule, en effet, que l'ouvrage d'Apelles ou de Parrhasius suivît comme accession la plus vile planche. De là il suit que, si le maître de la planche se trouve en possession du tableau, le peintre qui le vendiquera sans payer le prix de la planche pourra être repoussé par l'exception de dol. Mais si c'est le peintre qui possède, *cette circonstance exige* que l'on donne contre lui au maître de la planche une action utile. Dans ce cas, celui-ci pourra, s'il ne paye le prix de la peinture, être repoussé par l'exception de dol, pourvu, toutefois, que le peintre fût possesseur de bonne foi. Il est évident, en effet, que, si la planche a été volée soit par le peintre, soit par un autre, le propriétaire a l'action de vol.

399. *Aliis videtur.* Paul était de cette dernière opinion. Gaius,

au contraire, pensait que la peinture doit l'emporter sur la toile. Leurs avis, quoique diamétralement opposés, se trouvent tous deux au Digeste (1). Si la peinture était faite sur les murs d'un édifice, il faudrait bien changer la décision.

Consequens est ut utilis actio. Le peintre, étant propriétaire du tableau, est régulièrement le seul qui puisse le vendiquer contre tout possesseur. Si donc on donne une action en vendication à l'ancien maître de la planche, ce ne peut être qu'une action utile, c'est-à-dire une action que l'équité, l'utilité seule font introduire, afin qu'il ne perde point sa planche. (Nous avons déjà expliqué, n° 285, ce que c'est qu'une action utile.) Mais il résulte de là qu'en payant la peinture il aura le tableau. Le peintre peut-il empêcher ce résultat et repousser son action, en payant le prix de la planche? Les commentateurs du droit romain ont agité cette question. Aucun texte, à ma connaissance, n'accorde au peintre cette faculté. Ces textes ne parlent que de l'exception de dol qui lui est donnée pour se faire payer le prix de la peinture. Il faut avouer cependant que l'action utile n'étant donnée que par équité, pour empêcher que le maître de la toile ne fût dépouillé, cette action devenait sans objet si le peintre offrait le prix de la toile. S'il en était autrement, on se trouverait dans cette position singulière, qu'il vaudrait mieux pour le peintre ne pas posséder que posséder, puisque, dans le premier cas, il pourrait, en payant la toile, vendiquer le tableau et le garder; dans le second, il serait obligé de le donner. Ne serait-il pas conforme aux principes romains de décider que le peintre, en offrant devant le préteur le payement du prix de la toile, pouvait prévenir l'action utile, mais qu'il ne pouvait la repousser une fois donnée? — Vinnius, dans ce paragraphe, attaque l'expression *consequens est*, en disant que ces dispositions, loin de découler des précédentes, y font exception. Selon moi, le mot *consequens*, dans le texte, porte simplement sur cette circonstance *si possideat*, et le sens est celui-ci : Si le peintre possède, il suit de cette circonstance, etc.

400. Ici se termine, dans les Instituts, l'examen des différents événements que la plupart des commentateurs ont rangés sous le principe de l'accession, avec des dénominations spéciales comme pour autant d'espèces diverses : le croît, l'alluvion, la coalition, l'adjonction, la spécification, la commixtion, la confusion, la construction, la plantation, etc.

Les quatre paragraphes suivants sont en dehors de la matière qui nous occupe : les modes naturels d'acquérir la propriété. Aussi ne les trouve-t-on pas dans les Instituts de Gaius. Peut-être les a-t-on placés ici parce que, après avoir dit que les fruits appartiennent au propriétaire, on a voulu parler des cas exceptionnels où ils sont acquis à d'autres, comme au possesseur de

(1) D. 6. 1. 23. § 3. f. Paul. — 41. 1. 9. § 2. f. Gaius. — Gai. Comm. 2. § 78.

bonne foi, à l'usufruitier, au fermier. Néanmoins, le paragraphe suivant indique la possession de bonne foi comme un moyen d'acquérir d'après la raison naturelle.

XXXV. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet *justa causa bona fide* acceperit, naturali ratione placuit *fructus quos percepit ejus esse* pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus *ab eo consumptis* agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possedit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

35. Si quelqu'un a, de bonne foi, reçu de celui que, par erreur, il croyait propriétaire, un fonds de terre par suite de vente, de donation, ou *pour toute autre juste cause*, la raison naturelle a fait décider que les fruits qu'il perçoit lui sont acquis, en récompense de la culture et des soins. Si donc, par la suite, le maître survient et vendique le fonds, il ne pourra pas demander *les fruits consommés par le possesseur*. Quant à celui qui, sciemment, possède le fonds d'autrui, les mêmes droits ne lui sont pas attribués; aussi, avec le fonds, est-il obligé de restituer les fruits, même ceux qu'il a consommés.

401. Cette acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi n'est pas sans difficulté dans l'interprétation du droit romain; la divergence des textes, dont les expressions paraissent plus d'une fois se contredire, ainsi qu'on le voit par notre paragraphe lui-même, ouvre le champ aux controverses.

Nous sommes bien fixé sur les premières conditions d'une pareille possession, lesquelles se trouvent résumées en ces termes dans notre paragraphe : « *Si justa causa, bona fide acceperit.* » Il y a *juste cause* lorsque la tradition a été faite au possesseur pour une cause légale, emportant intention de transférer la propriété; par exemple, pour cause de vente, de dot, de payement, etc. Nous aurons occasion de revenir plus tard sur ce point. Peu importe, du reste, que la cause soit lucrative, comme un legs, une donation; notre texte n'y met aucune différence. Il y a *bonne foi* lorsque le possesseur en recevant le fonds (*acceperit*) ignore que celui qui le lui livre n'en est pas le propriétaire. — Mais cette bonne foi existant dans le principe, pourrait cesser par la suite. Là-dessus, difficulté entre les jurisconsultes romains : nous la laisserons provisoirement de côté, en supposant que la bonne foi ait continué jusqu'au bout.

Même dans cette hypothèse, difficulté pour savoir quel est le moment où les fruits sont gagnés par le possesseur de bonne foi : des textes parlent de la séparation du sol, d'autres de la perception, d'autres de la consommation.

Enfin, autre difficulté quant à l'espèce de fruits auxquels doit s'appliquer ce genre d'acquisition : sont-ce les fruits seulement que le travail humain sollicite, ou même ceux qui sont le produit de la terre sans culture?

402. Nous regardons d'abord comme indubitable que le possesseur de bonne foi, quant à l'acquisition des fruits, est assimilé au

propriétaire. Julien et Paul après lui le disent textuellement : « In percipiendis fructibus, id juris habet quod dominis tributum est. » — « Quod ad fructus attinet loco domini pene est (1). » Ils en concluent que le moment à considérer pour cette acquisition est celui de la séparation du sol (*mox quam a solo separati sint; statim ubi a solo separati sint; simul atque solo separati sunt; quoquo modo a solo separati fuerint*) ; et pour mieux faire ressortir cette situation, ils la mettent en opposition avec celle de l'usufruitier qui n'acquiert les fruits que par la perception; tandis qu'ils comparent, sous ce rapport, le possesseur de bonne foi à l'emphytéote, lequel devient propriétaire des fruits dès l'instant de la séparation (2).

Le raisonnement des jurisconsultes romains est facile à indiquer : — L'usufruitier a le *jus fruendi*, c'est-à-dire le droit de percevoir les fruits; donc il ne s'approprie les fruits qu'en exerçant son droit, c'est-à-dire en les percevant ou les faisant percevoir pour son compte; s'ils tombent par maturité ou par accident, s'ils sont détachés de l'arbre ou de la plante par un voleur, l'usufruitier n'a pas encore exercé son droit, les fruits ne sont pas encore à lui; s'il meurt avant de les avoir fait récolter, bien qu'ils fussent à terre, il est trop tard pour son héritier, le droit qu'il aurait pu exercer est éteint. Tout cela est subtil, mais d'une rigoureuse logique dans l'esprit des jurisconsultes romains. — Quant au possesseur de bonne foi, la thèse est bien différente. Tant que les fruits sont adhérents au sol, pendants par branches ou par racines, suivant notre locution française, ils en font partie et en suivent la condition; or, à l'égard du sol, et par conséquent à l'égard des fruits qui y adhèrent, le possesseur n'a que les droits que donne la possession (3). Mais sitôt détachés, que ce soit par le possesseur lui-même, par tout autre ou naturellement, peu importe, les fruits commencent à avoir une existence à part, ils prennent une autre nature, comme objets distincts et mobiliers : dès lors s'opère le changement de propriété. Le possesseur de bonne foi qui est *loco domini* en acquiert la propriété, de même que l'emphytéote, quoiqu'il ne soit pas propriétaire du fonds, devient propriétaire des fruits dès leur séparation. En conséquence, le possesseur de bonne foi peut exercer sur eux tous les droits de propriété; il peut les vendre, les consommer, et, s'ils se trouvent aux mains d'autrui,

---

(1) Dig. 22. 1. *De usur. et fruct.* 25. § 1. f. Julian. — D. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 48. f. Paul. — (2) D. 7. 4. *Quib. mod. usuf.* 13. fr. Paul : « Julianus ait, fructuarii fructus tum fieri cum eos perceperit : bonæ fidei possessoris, mox quam a solo separati sint. » — 22. 1. *De usur. et fruct.* 25. § 1. f. Julian. « Cum fructuarii quidem non fiant antequam ab eo percipiantur; ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus fiunt simul atque solo separati sunt. » — 41. 1. *De adq. rer. dom.* 48. f. Paul : « Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt. » — (3) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 44. f. Gai. « Fructus pendentes pars fundi videntur. »

intenter, pour se les faire restituer, la *rei vindicatio*, sans avoir besoin de recourir au remède prétorien de l'action publicienne, ni qu'on puisse lui objecter qu'il n'est que possesseur du fonds. C'est ainsi que nous expliquons tous les textes, en grand nombre, qui disent qu'il fait les fruits siens dès la séparation ou dès la perception (1). Le mot *perception* ne figure dans les textes dont il s'agit que comme expression moins exacte, employée parce que le plus souvent c'est par le fait de la récolte même que s'accomplit la séparation du sol, mais sans intention de contredire en quoi que ce soit le principe si nettement exposé des effets de cette séparation : et la preuve, c'est que ce sont les mêmes jurisconsultes qui, au moment où ils viennent de formuler ce principe, dans le même passage ou dans la même phrase, se servent de l'une et de l'autre de ces locutions (2).

403. Mais si le propriétaire du fonds survient et exerce la revendication de ce fonds contre le possesseur, alors se présente la question de savoir quel compte il faudra faire, entre le possesseur et le propriétaire, à raison des fruits : « *quot* ou *quales fructus venient*, » suivant les expressions latines. Le fonds, en effet, est revendiqué avec ses dépendances, accessoires et fruits (*cum sua causa et fructibus*), et il entre dans l'office du juge chargé d'en ordonner la restitution de faire équitablement le règlement de ce qui est dû par le possesseur pour ces accessoires; pour les dégradations qu'il aurait commises ou pertes qu'il aurait occasionnées par des abus ou excès tels qu'il devrait en être responsable (3).

Il y a plus, au moyen d'une exception du dol opposée par le possesseur, ce règlement peut comprendre aussi, en sens inverse, ce qui est dû à ce possesseur par le propriétaire pour dépenses de conservation, d'amélioration ou autres semblables (4). L'office du juge s'étend alors au règlement des comptes respectifs par lesquels il fera précéder l'ordre de restitution. Dans ce compte figureront au profit du propriétaire, sans aucune exception, tous les fruits perçus depuis la *litis-contestatio*. Quant aux fruits perçus auparavant, il se présente dans les textes de la jurisprudence romaine, tels qu'ils nous sont parvenus, au Digeste et au Code de Justinien, la distinction que voici. Le possesseur de bonne foi rendra les fruits existants encore, bien entendu sous la déduction de ses impenses à ce sujet : les retenir serait s'enrichir aux dépens d'autrui; mais ceux qu'il a consommés, il en doit bénéficier (*lucrari eum oportet*) : c'est de bonne foi et parce qu'il s'est cru plus riche d'autant, qu'il les a consommés; le forcer à en rendre la valeur,

---

(1) Aux textes cités p. précéd., note 2, ajoutez DIG. 41. 1. *De adq. dom.* 48, f. Paul. — (2) Voir notamment, dans leur entier, au Digeste, les fragments de Julien et de Paul indiqués p. précéd., note 2. — (3) DIG. 6. 1. *De rei vindicat.* 13. f. Ulp. — (4) *Ibid.* 48 et 65. f. Papin.

ce serait lui causer souvent un préjudice notable (1). Cette distinction, parfaitement équitable, est tout en harmonie avec le règlement *ex æquo et bono* dont il s'agit; le seul reproche qu'elle puisse encourir, c'est d'amener quelquefois des complications; mais l'esprit des jurisconsultes romains n'a pas été, comme celui de notre législateur, de reculer, par amour pour la simplicité, devant les conséquences subtiles de la logique du droit. L'idée de ce règlement équitable est tellement évidente, que si le possesseur a employé le prix des fruits perçus de bonne foi, soit à des dépenses d'amélioration sur le fonds, soit au payement des intérêts d'une dette dont le fonds était hypothécairement grevé, bien que ces fruits soient consommés, comme ils ne l'ont pas été au profit personnel du possesseur, que celui-ci n'en a pas absorbé pour lui-même le bénéfice; mais que, de fait, ils se trouvent en quelque sorte économisés en amélioration du fonds ou en payement des intérêts de la dette hypothécaire, ce qui est une destination naturelle des fruits, ils compteront au profit du propriétaire dans le règlement qui aura lieu, en ce sens, que le possesseur n'aura à réclamer que l'excédant de ses dépenses d'amélioration ou de libération de la dette. Telle est la décision consacrée par Papinien (2).

404. La distinction que nous venons d'exposer entre les fruits consommés et ceux non consommés, à l'égard du possesseur de bonne foi, est incontestable pour le temps de Justinien, et même pour des temps bien antérieurs, qui remontent à n'en pouvoir douter jusqu'à Dioclétien. Mais comme elle a semblé en contradiction flagrante avec les textes qui disent que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens par la perception, ou même dès leur séparation du sol, on s'est travaillé depuis longtemps à y chercher une conciliation. M. Pellat lève la difficulté en supposant que cette distinction a été une innovation malheureuse du Bas-Empire, qui proviendrait de constitutions impériales, notamment de celle de Dioclétien parvenue jusqu'à nous sur ce point. La doctrine des jurisconsultes romains, dont les fragments sont insérés au Digeste, aurait été, purement et simplement, que le possesseur de bonne foi devait bénéficier, même à l'encontre du propriétaire, de tous les fruits perçus, ou pour mieux dire, séparés du sol; et les restrictions, *interim, pene, si consumpti sint*, et autres semblables, ne devraient être considérées, dans tous les textes où nous les ren-

(1) Dig. 10. 1. *Finium regundorum*, 4. § 2. f. Paul : « Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio : nam et culpa et dolus ex inde præstantur. Sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient : aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet si eos consumpsit; aut mala fide, et condici oportet. » — 20. 1. *De pignor.* 1. § 2. fr. Papin. — 41. 1. *De adq. rer. dom.* 40. f. Afric. — 41. 3. *De usurp. et usucap.* 4. § 19. f. Paul. — 42. 1. *De re judic.* 41. § 1. fr. Paul. — Cod. 3. 32. *De rei vindic.* 22. const. Diocl. et Maxim. — (2) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 48 et 65. f. Papin.

controns, que comme des interpolations des compilateurs du Digeste (1). Malgré le crédit dont jouit aujourd'hui cette opinion dans notre Faculté, nous ne saurions nous y ranger. Nous venons de démontrer comment il faut distinguer : d'une part, l'acquisition des fruits à l'égard de tous, dès leur séparation; et, d'autre part, le règlement de compte entre le possesseur et le propriétaire dans l'action en vendication du fonds. Du moment qu'on a soin de faire cette distinction, toute apparence de contradiction s'évanouit, sans qu'il soit nécessaire de modifier par hypothèse tant de textes du Digeste. La différence à mettre, pour ce règlement de compte, entre les fruits consommés et ceux non consommés rentre complétement, ainsi que nous l'avons démontré, dans l'esprit de la jurisprudence classique; nous la rencontrons, au plus bel âge de cette jurisprudence, dès l'époque de l'empereur Adrien, en fait de pétition d'hérédité (2). Quant à la constitution de Dioclétien, il suffit de la lire pour reconnaître qu'elle n'a dans ses termes aucune allure d'innovation, mais qu'elle parle, au contraire, de cette différence comme d'un point certain (*certum est*), et formant coutume (*solere*) : « Certum est, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare; bonæ fidei, vero extantes : post autem litis contestationem, universos (3). » (App. 2, liv. 2.) (4).

405. Ce bénéfice des fruits accordé au possesseur de bonne foi est-il restreint aux fruits qui exigent des soins de culture, ou s'étend-il même à ceux que la terre produit spontanément? Il est certain que l'idée de la culture et des soins fournis par le possesseur de bonne foi est entrée pour quelque chose, en l'esprit des jurisconsultes romains, dans l'attribution de propriété qui en est faite à ce possesseur (*pro cultura et cura*). Pomponius en tirait la conséquence qu'il ne devait pas faire siens les fruits nés sans culture (4); mais Paul émet l'opinion contraire : « Non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes : quia quod ad fructus attinet loco domini pene est (5). » Ces deux avis figurent l'un et l'autre au Digeste. Comme la considération des frais ou travaux de culture ne serait pas suffisante à elle seule pour justifier l'acquisition des fruits; que l'unique conséquence à en tirer équitablement serait le droit de se faire indemniser de ces frais et de ces soins; mais que la raison déterminante à l'égard du possesseur de bonne foi, pour cette acquisition, c'est le rôle de propriétaire qu'il remplit, l'avis de Paul doit être préféré, comme conforme véritablement aux principes.

406. Enfin, nous trouvons aussi dans le Digeste la trace de deux opinions contraires relativement à la durée à exiger dans l'existence de la bonne foi. Julien, dans une espèce où il s'agit

(1) Pellat. *De la propriété* (édit. 1850), p. 306 et suiv. — (2) Dig. 5. 3. *De hered. petit.* 25. § 16. f. Ulp. — (3) Cod. 3. 32. *De rei vindic.* 22. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Dig. 22. 1. *De usur. et fruct.* 45. f. Pomp. — (5) Dig. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 48. f. Paul.

d'un possesseur qui a fait les semences de bonne foi, mais qui avant d'avoir fait la récolte a connu le vice de sa possession, décide qu'on doit le considérer, quant à la perception des fruits, comme étant de bonne foi tant qu'il n'a pas été évincé (1). Mais l'avis contraire, exposé dans un fragment de Paul, a prévalu : chaque perception de fruit étant un fait isolé, qui se renouvelle successivement, c'est au moment où il a lieu que la bonne foi doit exister pour l'acquisition de ces fruits, différence très-grande avec l'usucapion, pour laquelle il suffit, comme nous le dirons (ci-dess., n° 532), d'avoir été de bonne foi dans le principe (2).

407. En somme, je ne crois pas inutile de répéter, comme analyse de ce paragraphe, que le possesseur de bonne foi a, quant aux fruits, deux avantages bien distincts : le premier, d'être considéré comme propriétaire, et d'en pouvoir exercer tous les droits pour les fruits quelconques dès qu'ils ne tiennent plus au sol; le second, de ne devoir au maître du fonds aucun compte pour les fruits consommés.

XXXVI. Is ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. *Eadem fere* et de colono dicuntur.

36. L'usufruitier d'un fonds ne devient propriétaire des fruits qu'à mesure qu'il les perçoit lui-même. Si donc, à sa mort, les fruits, bien que mûrs, ne sont pas encore perçus, ils appartiennent entièrement, non pas à ses héritiers, mais au maître de la propriété. On dit presque la même chose du fermier.

408. Nous venons d'expliquer (n° 402) comment et pourquoi l'usufruitier, suivant la jurisprudence romaine, n'acquérait les fruits que par le fait de la perception qu'il en faisait ou qu'il en faisait faire pour son compte. Nous reviendrons sur ces dispositions en traitant de l'usufruit.

Eadem fere. Comme l'usufruitier, le fermier ne devient propriétaire des fruits que lorsqu'il les perçoit. Nous développerons plus tard les conséquences de ce principe (3). Mais, à la différence de l'usufruitier, le fermier, en mourant, transmet son bail et par conséquent ses droits à ses héritiers (4).

XXXVII. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pili et lana, itaque agni, hœdi, et vituli, et equuli, et suculi, statim naturali jure domino fructuarii sunt. Partus vero ancillæ *in fructu non est*, itaque ad dominum proprietatis pertinet : absurdum enim videbatur

37. Dans les fruits des bestiaux se range le croît, aussi bien que le lait, les poils et la laine. Ainsi les agneaux, les chevreaux, les veaux, les poulains, les petits pourceaux, par leur nature, deviennent, en naissant, la propriété de l'usufruitier. Mais parmi les fruits

(1) Dig. 22. 1. *De usur. et fruct.* 25. § 2. f. Julian. — (2) Dig. 41. 1. *De adq. rer. dom.* 48. § 1. f. Paul, et 23. § 1. f. Ulp. « ... et magis est ut singula momenta spectemus. » — (3) D. 19. 2. 60. § 5. f. Javol. — (4) Cod. 4. 65. 10. c. Gord.

hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

d'une femme esclave *ne sont point ses enfants*, qui, par conséquent, appartiennent au maître de la propriété. Il paraissait absurde, en effet, de considérer comme un fruit l'homme, pour qui la nature a créé tous les fruits.

409. *In fructu non est.* Cette question, comme nous l'apprend Cicéron, avait été discutée entre les anciens jurisconsultes (1). Ulpien exprime la même décision que Gaius, de qui est tiré le passage des Instituts; mais il en donne une autre raison :... « Fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant (2). » Ainsi, selon lui, les enfants d'une esclave ne sont pas des fruits, parce qu'on n'achète pas une esclave dans le but spécial de la faire produire. Mais ce motif serait applicable également à tous les animaux dont on recherche plutôt les services que le croît, tels qu'une vache de labour, une jument, une ânesse pour le transport, etc. Cependant il n'en était pas ainsi, et l'on doit reconnaître que les deux motifs, différents en apparence, se réunissent, en réalité, dans la même idée. Bien que l'esclave fût au rang des choses, c'eût été descendre au dernier échelon de la dégradation que de la considérer comme destinée au croît et d'assimiler son enfant à un fruit. En fait, et prenant l'origine de la question, on voit que c'est un sentiment de dignité pour l'homme qui l'avait fait soulever par les jurisconsultes philosophes, et qui avait dicté la décision insérée aux Instituts.

XXXVIII. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet, ut et Juliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere, et quasi bonus paterfamilias uti debet.

38. L'usufruitier d'un troupeau doit, avec le croît, remplacer les têtes mortes; tel était l'avis de Julien. De même celui d'un champ doit remplacer les vignes et les arbres qui ont péri. Car il doit cultiver avec soin et jouir en bon père de famille.

Ce paragraphe n'appartient absolument qu'à la matière de l'usufruit.

XXXIX. Thesauros quos quis in loco suo invenerit *divus Hadrianus*, naturalem equitatem secutus, ei concessit qui invenerit. Idemque statuit, si quis *in sacro aut religioso* loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, *sed fortuitu invenerit*, dimidium inventori, *dimidium domino soli* concessit. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse

39. *L'empereur Adrien*, suivant l'équité naturelle, attribua à celui qui les trouve les trésors découverts par quelqu'un sur son propre fonds; il statua de même pour ceux trouvés par hasard dans *un lieu sacré et religieux*. Quant au trésor que quelqu'un a trouvé sur le fonds d'autrui sans le rechercher, mais *par hasard*, il en accorda la moitié à l'inventeur, et *la moitié au propriétaire du sol;* et, comme conséquence, il

(1) Cicer. *De fin. bon. et mal.* lib. 1, cap. 6. — (2) D. 5. 3. 27. f. Ulp.

statuit. Cui conveniens est ut si quis in fiscali loco, vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.

statua que le trésor trouvé dans la propriété de César serait pour moitié à l'inventeur, pour moitié à César. D'où il suit que celui qui est trouvé dans un lieu appartenant soit au public, soit au fisc, ou bien à une cité, doit être pour moitié à l'inventeur, et pour moitié au fisc ou à la cité.

410. Nous trouvons dans un fragment de Paul, au Digeste, une définition du trésor en ces termes : « Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat (1). » Deux faits constituent le caractère essentiel du trésor, savoir : le dépôt de la chose fait jadis dans un lieu quelconque (*vetus depositio*), et la perte de tout souvenir de propriété sur cette chose (*cujus non extat memoria*). Le trésor n'est pas véritablement rangé dans la classe des choses *nullius*, car la propriété n'a jamais été réellement perdue; seulement tous les souvenirs en sont effacés. D'un autre côté, il n'est pas exact de dire qu'il soit l'accession du sol, car il s'y trouve caché, mais il n'en fait pas partie intégrante, partie subordonnée. Ni l'inventeur ni le propriétaire n'ont donc rigoureusement de droit de propriété à y réclamer, soit pour occupation, soit comme accession. Le législateur aurait pu décider, par exemple, que, tout souvenir de propriété privée étant effacé, le trésor sera public, appartiendra à l'État. Mais jugeant plus convenable de l'abandonner aux particuliers, prenant en considération, d'une part, le fait de l'invention, qui a remis au jour cette propriété enfouie; de l'autre, la situation de l'objet, qui semblait l'offrir plus facilement à la découverte du propriétaire, pour éviter ce désappointement naturel qu'éprouveraient à se voir enlever totalement, l'un ce qu'il a découvert, l'autre ce qu'on est venu découvrir chez lui, et ce qui était, pour ainsi dire, destiné à son invention : la loi romaine partage le trésor par moitié entre l'inventeur et le propriétaire. Il n'y a pas *occupation* ni *accession* véritables; mais il y a analogie entre ces idées et les motifs qui déterminent le législateur dans l'attribution qu'il fait de la propriété.

Divus Hadrianus. Toutes les décisions rapportées dans ce paragraphe appartiennent à Adrien. L'historien Ælius Spartien, dans la vie de ce prince, analyse ainsi ces dispositions : « De thesauris ita cavit ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur; si quis in alieno, dimidium domino daret; si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur (2). »

In sacro aut religioso. Ces lieux étant *res nullius*, personne ne peut réclamer la part accordée au propriétaire. Cependant,

(1) D. 41. 1. 31. § 1. f. Paul. Le mot *pecuniæ*, dans ce fragment, doit être pris comme il l'est souvent dans les lois romaines, c'est-à-dire dans un sens général. — (2) ÆLIUS SPARTIAN. *In Hadrian.*, p. 9, édition de Paris, 1620, in-fol.

quant au sol des provinces, dont le domaine était censé appartenir au peuple ou à César, et où Gaius nous apprend qu'il ne pouvait y avoir réellement de lieu sacré ni religieux, la moitié du trésor qui y était découvert devait revenir au peuple ou à César, en qualité de propriétaires. C'est ce qui nous explique un fragment mal compris du Digeste, dans lequel nous voyons que Marc-Aurèle et son frère Lucius Verus avaient attribué cette part au fisc (1). Quoi qu'il en soit, c'est la décision d'Adrien que les Instituts consacrent; car sous Justinien, toute distinction quant au sol de l'empire a été effacée.

Fortuitu invenerit. A ce sujet, une constitution de l'empereur Léon, insérée au Code de Justinien (2), est digne d'être remarquée. Il est permis à chacun de chercher des trésors dans sa propriété, pourvu, dit cet empereur, qu'on ne le fasse point à l'aide de sacrifices criminels, ou de tout autre artifice odieux que les lois doivent punir. C'est encore l'empreinte de ces idées superstitieuses dont les lois mêmes de ces temps étaient frappées.

La même constitution ajoute que, si l'on va faire des recherches à dessein sur le fonds d'autrui, tout ce qu'on trouvera appartiendra au maître du fonds.

Dimidium domino soli. Une constitution qui se trouve dans le Code théodosien, et qui appartient aux empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (3), n'accordait que le quart au propriétaire du fonds. Justinien revient aux dispositions d'Adiren.

411. Nous voici parvenu au dernier moyen naturel d'acquérir que nous ayons à examiner, la tradition. Il n'est pas nécessaire de répéter les détails historiques que nous avons donnés sur ce sujet. Nous savons que la tradition se fait sans aucune solennité, et s'applique efficacement, sous Justinien, à toutes les choses corporelles.

Il existe une relation intime entre *possession* et *tradition*, car la tradition n'est que la remise de la possession (*possessionis translatio*).

Or, je puis vous remettre ma chose sans aucune intention ni de ma part, ni de la vôtre, que vous en deveniez propriétaire; par exemple, quand je vous prête, quand je vous donne à garder mon cheval. Dans ce cas je ne vous remets que la *possession physique*. Cette tradition, purement corporelle (*nuda traditio*), ne vous rend, aux yeux de la loi, ni possesseur, ni propriétaire, bien qu'elle ne soit pas sans quelque effet légal.

Je puis vous remettre ma chose, dans l'intention et de ma part et de la vôtre que vous en deveniez propriétaire. Alors, je vous remets la *possession légale*. Cette tradition vous rend à la fois et possesseur et propriétaire.

---

(1) D. 49. 14. 3. § 10. f. Callist. Ce fragment est entendu dans un autre sens par plusieurs commentateurs. — (2) C. 10. 15. const. uniq. — (3) Cod. Théod. liv. 10. tit. 18. *De thesauris*, const. 2.

412. En effet, pour les choses *nullius* dont la possession ni la propriété ne sont à personne, si vous en prenez la possession, vous en devenez propriétaire à l'instant. Pour les choses privées dont la possession et la propriété sont à autrui, si le propriétaire capable d'aliéner vous en donne la possession avec intention de vous transporter la propriété, vous en devenez propriétaire à l'instant. Dans le premier cas (*occupation*), c'est la possession seule, dont vous vous emparez vous-même, qui produit la propriété; dans le second (*tradition*), c'est la possession qui vous est remise par le propriétaire, jointe à la volonté de ce propriétaire.

413. Cela posé, en se rappelant que la possession légale se compose de deux éléments, le fait et l'intention : le fait, qui consiste en ce que la chose est d'une manière quelconque à notre libre disposition; l'intention qui consiste dans la volonté de posséder comme maître, il est facile de conclure que les règles de la tradition sont : 1° que la chose ait été mise d'une manière quelconque à la disposition de celui à qui on veut la livrer; 2° qu'elle ait été remise et reçue avec l'intention d'en transférer la propriété (1). Lorsque ces deux circonstances sont réunies, il y a tradition de la possession légale; mais pour que la propriété soit transférée à l'instant, il faut : 3° que cette tradition soit faite par le propriétaire ayant la capacité d'aliéner.

414. On a distingué plusieurs espèces de traditions; mais de même qu'il n'existe qu'une seule possession légale, de même, pour acquérir la propriété, il n'existe qu'une seule occupation et qu'une seule tradition, consistant : l'une dans l'acquisition de la possession légale, l'autre dans la remise de cette possession faite dans le but de transférer la propriété. Quant aux circonstances ou modalités particulières, elles ne produisent que des modifications accessoires, qui ne dérogent en rien aux principes fondamentaux : telles que la tradition à titre de gage ou à précaire.

415. Comme pour les choses incorporelles il ne peut, à proprement parler, y avoir de possession (n° 353), de même, il ne peut y avoir de tradition (2). Mais, puisqu'on a admis pour ces choses, dans certains cas, une *quasi-possession*, qui consiste dans l'exercice du droit, il existe aussi dans certains cas une espèce de tradition qui consiste à livrer, à souffrir l'exercice du droit (3). C'est ce qu'on nomme généralement *quasi-tradition*.

416. Il ne me reste plus à faire qu'une réflexion, importante parce qu'elle tient au caractère général du droit romain.

La propriété n'étant pas un fait, mais un droit, un produit de la loi, sans doute il est possible d'établir dans une législation que cette propriété sera transférée d'une personne à l'autre par la seule volonté des parties, en vertu de la loi, et sans aucun fait extérieur.

---

(1) D. 44. 7. 55. f. Javol. — (2) « Incorporales res traditionem non recipere manifestum est » (Gaius. 2. § 28). — D. 41. 1. 43. § 1. f. Gaius. — (3) D. 7. 1. 3. pr. f. Gai. — 8. 1. 20. f. Javol. — 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.

Telle est la règle adoptée dans notre droit français (1). Mais on peut aussi exiger, pour que la propriété soit transférée, qu'il y ait eu, outre la convention des parties, la remise de la possession. Ce dernier système offre-t-il plus ou moins d'avantages que le premier? Je dirai seulement ici qu'il est beaucoup plus naturel, et que la propriété, qui est un droit à l'égard de tous, se trouve alors manifestée publiquement, à l'égard de tous, par le signe extérieur qui régulièrement l'accompagne et qui la fait présumer : la puissance, la possession. C'était ce système que consacraient les lois romaines; et une constitution de Dioclétien exprime le principe en ces termes : « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur (2). » Ainsi, dans ce système, les conventions légalement formées avaient pour effet de lier les parties, et de les obliger à donner ce qu'elles avaient promis, mais elles ne transportaient pas la propriété; pour opérer cette translation il fallait, en règle générale, que la chose eût été livrée. — Ceci s'appliquait-il aux objets incorporels? la seule convention suffisait-elle pour donner ces objets? ou fallait-il la quasi-tradition, dans les cas où elle pouvait avoir lieu? C'est une question que nous examinerons plus tard.

Du reste, il ne faut pas croire que la tradition fût le seul moyen d'acquérir, ou que la propriété ne se trouvât jamais transmise par la force de la loi, sans qu'il y eût possession. Nous verrons le contraire dans les legs, dans certaines donations à cause de mort, du moins au temps de Justinien, dans les successions, etc.

XL. Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi : et ideo, *cujuscunque generis sit* corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia quæ in provinciis sunt, inter quæ nec non et italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia; sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut *qualibet alia ex causa* tradantur, sine dubio transferuntur.

40. D'après le droit naturel, les choses nous sont encore acquises par tradition. En effet, que la volonté du propriétaire qui veut transférer sa chose à autrui reçoive son exécution, rien n'est plus conforme à l'équité naturelle. Aussi la tradition peut s'appliquer *à toute chose corporelle;* et, faite par le propriétaire, elle produit aliénation. Par ce moyen s'aliènent les fonds stipendiaires ou tributaires. On nomme ainsi les fonds situés dans les provinces. Mais entre eux et ceux de l'Italie il n'existe, d'après notre constitution, aucune différence. La tradition qui en est faite pour donation, pour dot, *ou pour toute autre cause,* sans aucun doute, en transporte la propriété.

417. *Cujuscunque generis.* Il ne faut pas entendre ces mots en ce sens que toutes choses corporelles, même les temples, puissent être livrées. Le texte des Instituts fait allusion au changement introduit par

(1) A Athènes, la propriété se transférait par le seul consentement, mais l'aliénation était portée à la connaissance des tiers par des affiches. (V. M. Dareste, *Plaidoyers civils de Démosthène*, 1875, Introd. p. 34 et 35.)

(2) Cod. 2. 3. 20. c. Diocl. et Max.

Justinien, qui rend la tradition applicable à toute chose corporelle, sans distinction de celles qui étaient *mancipi* ou *nec mancipi*; c'est ce qu'expliquent les phrases suivantes. La constitution qui a consacré ce changement, et dont parle notre texte, est celle que nous avons citée n° 342, note 1. — Nous savons qu'on entendait par biens *stipendiaires* les fonds des provinces attribuées au peuple, et par biens *tributaires* ceux des provinces attribuées à l'empereur (tom. I, *Hist.*, n° 332).

Qualibet alia ex causa. Le fait physique de la tradition ne transporte pas la propriété s'il n'a pas eu une juste cause. « Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur (1). »

418. Les jurisconsultes romains entendent par *juste cause* de la tradition un contrat ou un fait quelconque entraînant comme conséquence la volonté de transférer la propriété, et, dans ce but, de faire la tradition.

Ainsi la tradition faite par un enfant, par un fou, sans qu'aucun fait ait pu déterminer en eux aucune volonté, n'a aucune cause et ne produit aucun droit. La tradition faite pour cause de prêt, de loyer, de dépôt, contrats qui n'entraînent pas la volonté de transférer la propriété, n'a pas ce qu'on nomme une juste cause (*justa causa*); elle ne produit pas la propriété. Jusqu'ici il y a seulement remise de la possession physique, par conséquent, *tradition purement physique* (*nuda traditio*). Mais la tradition faite pour cause de vente, de payement, d'échange, de legs, de donation, de tout autre contrat ou de tout autre fait, pourvu qu'il entraîne comme conséquence la volonté de transférer la propriété, a une juste cause, et produit à la fois la remise de la possession légale et la translation de la propriété. Il y a plus, ce contrat, ce fait, peut n'avoir été déterminé que par le dol de l'une des parties envers l'autre (2); ou bien, il peut y avoir malentendu entre les parties, l'une donnant pour telle cause, l'autre recevant pour telle autre (3) : peu importe, il suffit que le fait ait amené la volonté de transférer la propriété pour que la tradition produise ses effets, c'est-à-dire l'aliénation de la chose, sauf les actions personnelles qui pourraient naître dans ces cas (4)

---

(1) D 41. 1. 31. f. Paul. — ULP. *Reg.* 19. 7. — GAIUS. 2. § 20. — (2) C. 4. 44. 10. — (3) 41. 1. 36. f. Jul. — Malgré, 12. 1. 18. f. Ulp.

(4) Voy. DIG. liv. 12. tit. 6 et 7. — M. Warnkœnig s'est écarté de l'opinion commune dans une dissertation sur cette matière (*in Archiv für die civilist. Praxis*. vol. VI, p. 3. — 133) et dans ses Commentaires sur le droit romain (t. 1, p. 374 et suiv.). Il entend par *juste cause* la volonté de transférer la propriété, manifestée par un fait quelconque. Tel n'est point le sens qui ressort des textes, et notamment de celui que nous expliquons. Au fond, la volonté des parties, même erronée, suffisait-elle pour transférer la propriété? Nous pensons, avec M. Accarias (*Précis de droit romain*, tom. I, n° 226), que l'affirmative était fondée en principe; mais Ulpien (texte cité, not. 3 et D. 41. 1. 35. *De adq. rer. dom.*) professait la doctrine contraire.

XLI. Venditæ vero res et traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti *expromissore* aut pignore dato. Quod cavetur quidem ex *lege Duodecim Tabularum*, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici : sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

41. Mais les choses vendues et livrées ne sont acquises à l'acheteur que s'il a payé le prix au vendeur ou satisfait ce dernier d'une manière quelconque, par exemple, en lui donnant un *expromisseur* ou un gage. Ce principe est consacré *par la loi des Douze Tables*, ce qui n'empêche pas de dire avec raison qu'il découle du droit des gens, c'est-à-dire du droit naturel. Mais si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, il faut décider que la chose est acquise sur-le-champ à l'acheteur.

419. Cette règle qu'il ne suffit pas, pour que la propriété soit acquise à l'acheteur, que la vente ait eu lieu et que la chose lui ait été livrée, mais qu'il faut encore qu'il y ait eu payement du prix ou satisfaction donnée au vendeur à ce sujet, est spéciale au cas de vente. Elle ne s'appliquait pas, par exemple, à l'échange (*permutatio*), où la propriété de la chose donnée était acquise immédiatement par l'effet de la tradition, avant que la chose promise en retour eût été livrée de son côté. Sans doute, au fond, tout cela tient à une question d'intention : le vendeur, aux yeux des jurisconsultes romains, comme en réalité, n'a l'intention de transférer la propriété de la chose vendue que si on lui en paye le prix; mais pourquoi les mêmes jurisconsultes n'en disaient-ils pas autant de l'échangiste? Pourquoi considéraient-ils celui-ci comme ayant l'intention de donner immédiatement la propriété : « *do, ut des* »? C'était là qu'ils n'étaient plus, en cette antithèse, dans la vérité des choses. Nous dirons plus loin (tom. III, n° 1475) comment, outre les particularités du droit romain quant aux espèces de contrats exprimés par ces locutions *do ut des, do ut facias*, etc., cette spécialité relative à la vente peut être expliquée conjecturalement par quelque souvenir de la vente solennelle du droit civil, ou *mancipatio*, dans laquelle il fallait, pour qu'elle fût accomplie et le domaine romain transféré, que le métal eût été pesé et donné : « *Hoc mihi ære æneaque libra empta est* » (ci-dess., n° 315).

Mais si le vendeur s'est contenté de recevoir un gage, une caution, un expromisseur, il a par cela seul consenti à transférer la propriété sur-le-champ et à rester seulement créancier du prix. Il en est de même lorsqu'il a suivi totalement la foi de l'acheteur sans exiger aucune sûreté, par exemple lui accordant un terme pour payer, ou même se confiant, sous ce rapport, à sa bonne foi. Mais ce fait doit être prouvé par l'acheteur.

Expromissore. Ce mot désigne un tiers qui promet au créancier d'acquitter lui-même l'obligation, et libère par là le débiteur.

Lege Duodecim Tabularum. Cette phrase est remarquable en ce qu'elle vient à l'appui de l'opinion que j'ai adoptée que la vente et la tradition naturelle existaient, même sous les Douze Tables,

pour les choses *nec mancipi* (voy. n° 296). Dès lors elle ne présente plus les difficultés qu'on a cru y voir.

XLII. Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius.

42. Peu importe, du reste, que la tradition soit faite par le maître lui-même, ou, d'après sa volonté, par un autre.

XLIII. Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex iis negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

43. Par conséquent, si celui à qui le maître a confié la libre administration de tous ses biens vend et livre une des choses comprises dans son administration, il en transfère la propriété.

420. Toujours parce qu'il agit d'après la volonté du maître dont il n'est que l'instrument. Ce paragraphe fait naître la question de savoir si le mandat général d'administrer donne le pouvoir de vendre. Ce n'est pas ici le lieu de la discuter longuement; mais on peut faire observer qu'un pareil mandat donne toujours le droit de faire les ventes que les circonstances exigent, et qui partant rentrent dans l'administration, par exemple, celles des fruits, des objets susceptibles de se détériorer (1). De plus, il est bon de remarquer l'expression de notre texte : *Libera universorum negotiorum administratio*, expression qu'on retrouve au Digeste, dans des fragments de Gaius et de Paul (2), et qui indique une grande latitude laissée à l'administrateur. C'est ce que vient encore confirmer la paraphrase de Théophile.

XLIV. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit, vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset.

44. Quelquefois même, sans tradition, la seule volonté du maître suffit pour aliéner : par exemple, si la chose qu'il t'a remise en prêt, à bail ou en dépôt, il te la vend ou te la donne. Bien qu'en exécution de cette vente ou de cette donation, il ne l'ait point livrée, par cela seul qu'il consent à ce qu'elle devienne tienne, la propriété t'en est acquise à l'instant, comme si la tradition avait eu lieu dans ce but.

421. Partant de ce principe qu'il faut, pour que la propriété soit, par suite de convention, transmise d'une personne à l'autre, réunir la possession légale de l'objet et la volonté du propriétaire d'en transférer la propriété, on en conclura :

1° Que, si vous détenez ma chose parce que je vous l'ai prêtée, louée, etc., vous avez déjà le fait corporel de la possession. A ce fait se joint l'intention dès que nous convenons que la propriété vous sera transportée; vous acquérez donc la possession légale : il y a de plus la volonté du propriétaire d'aliéner : ainsi la chose vous est acquise. Il n'y a pas eu tradition corporelle de l'objet, puisqu'il était déjà à votre disposition; mais il y a eu, par notre

(1) D. 3. 3. 63. f. Modest. — (2) D. 3. 3. 58. f. Paul. — 41. 1. 9. § 4. f. Gaius.

seule volonté, remise de la possession légale, et par suite de la propriété (1);

2° Que si, en vous vendant, en vous donnant ma chose, nous convenons que je vais la retenir en usufruit, à bail, en gage, etc., je commence à l'instant à posséder pour vous, la possession légale vous est acquise, il y a de plus la volonté du propriétaire d'aliéner; par conséquent la propriété est transférée (2). Il n'y a pas eu tradition corporelle de l'objet, mais il y a eu remise de la possession légale;

3° Que si vous avez déjà la possession légale de ma chose, par exemple, parce que vous l'avez achetée, reçue en don, en legs, d'une personne qui n'en était pas propriétaire, il ne vous manque que la volonté du propriétaire d'aliéner; si cette volonté arrive, si je consens que la chose vous soit acquise, elle l'est à l'instant même (3). Ce cas est très-remarquable, parce qu'ici il n'y a eu aucune remise de la possession, puisque vous l'aviez déjà.

Dans tous ces cas, si la seule volonté semble transférer la propriété, sans aucune livraison corporelle, c'est que la possession légale existait déjà en faveur de l'acquéreur, ou que la seule volonté a suffi pour la lui donner.

422. Les anciens commentateurs ont employé dans ces cas le nom de *tradition feinte,* prétendant qu'on doit supposer qu'il y a eu une tradition; par exemple, que vous m'avez rendu la chose que je vous avais prêtée, ou que vous possédiez, et qu'à mon tour je vous l'ai livrée; ou bien que je vous ai livré la chose que je vous vendais, et qu'à votre tour vous me l'avez remise en bail, etc. Mais ces suppositions n'auraient ici absolument aucune utilité (4), parce que, pour transférer la propriété, ce n'est pas la tradition corporelle qui est indispensable, c'est la possession légale; toutes les fois que cette possession prend naissance sans tradition, celle-ci est totalement inutile.

423. Les commentateurs ont aussi, pour les mêmes cas, employé l'expression de tradition *de brève main,* puisée dans un fragment du Digeste (5); et, par opposition, celle de tradition *de longue*

---

(1) D. 41. 1. 9. § 5. f. Gai. — (2) C. 8. 54. 28. c. Honor. et Theod. — D. 6. 1. 77. f. Ulp. — (3) D. 41. 1. 21. § 1. f. Pomp.

(4) Je dis *ici*, parce qu'il est des cas particuliers où de pareilles suppositions n'auraient pas été sans résultat. Par exemple : dans le *mutuum*. à cause du principe qu'on ne peut donner en *mutuum* que ce dont on est propriétaire. Aussi les jurisconsultes romains discutaient-ils dans ce cas sur l'admission de semblables suppositions (D. 12. 1. 15. f. Ulp. — 17. 1. 34. pr. f. Afr.). L'erreur des commentateurs vient donc d'avoir appliqué à l'acquisition de la propriété ce qui était spécial à quelques circonstances particulières.

(5) « Quotiens autem extraneus accepto fert, debitori dotis constituendæ causa, si quidem nuptiæ insecutæ non fuerint, liberatio non sequetur; nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum : tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere, et marito datum » (D. 23. 3. 43. § 1. f. Ulp.). Voilà encore un cas où une pareille supposition était utile pour faire acquérir à la femme.

main, puisée aussi dans le Digeste (1), et applicable au cas où l'acquéreur n'a en quelque sorte saisi les objets que par les yeux, espèce de longue main; par exemple, quand on a déposé devant lui le sac d'argent, quand on lui a montré du doigt le champ qu'on lui livrait. Sans contester les expressions de *brève* et de *longue main*, il faut dire que pour acquérir la propriété, il n'existe qu'une seule tradition, qui consiste dans la remise de la possession, remise qui peut s'opérer par tous les moyens propres à mettre la chose à la disposition de l'acquéreur. Ces divers moyens peuvent bien s'énoncer par des expressions différentes, par exemple, *recevoir la chose de longue main;* mais il ne suit pas de là qu'il y ait autant d'espèces diverses de tradition.

XLV. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

45. De même, celui qui a vendu des marchandises déposées dans un magasin, dès qu'il livre à l'acquéreur les clefs du magasin, lui transfère la propriété des marchandises.

424. Parce qu'il les met à sa disposition; il y a remise de la possession. Mais il faut ajouter que la remise des clefs, pour qu'elle produise cet effet, doit être faite auprès des magasins (*apud horrea*). C'est ce que dit formellement Papinien (2), et ce que répète la paraphrase de Théophile. — Les commentateurs ont nommé cette tradition *tradition symbolique,* supposant que les clefs sont le symbole des marchandises. Cette supposition, qui n'est justifiée par aucun texte, est d'autant plus déplacée, que la législation romaine ayant consacré plusieurs actes symboliques, tels que certaines formalités des actions de la loi, les affranchissements, les cessions *in jure,* etc., on doit bien se garder de ranger parmi ces actes ceux qui n'y ont jamais été compris. — Quant à la tradition, rappelons-nous toujours qu'il y a le fait de possession toutes les fois que la chose se trouve d'une manière quelconque mise à la disposition de l'acquéreur (voy. n° 413) (3).

XLVI. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem; ut ecce, prætores et consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; et tamen quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

46. Bien plus, il est des cas où, quoiqu'elle se porte sur une personne incertaine, la volonté du maître transfère la propriété. Ainsi les préteurs et les consuls qui jettent au peuple de la monnaie ignorent ce que chacun en aura; mais comme ils veulent que chacun acquière ce qu'il pourra saisir, ils l'en rendent aussitôt propriétaire.

(1) « Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat. Nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi, et quodammodo manu longa tradita existimanda est » (D. 46. 3. 79. f. Javol.).

(2) « Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint » (D. 18. 1. 74. f. Pap.).

(3) Cette théorie simple et conforme aux textes, qui a fait disparaître les subtilités introduites quant aux traditions, a été exposée d'abord en Allemagne, par M. de Savigny, dans son Traité sur la Possession, et bientôt généralement adoptée.

C'est en quelque sorte la tradition et l'occupation qui concourent ici pour donner la propriété; mais le tout est fondé sur la volonté du maître.

De la perte de la possession et de la propriété.

425. La possession légale, se composant du fait et de l'intention, doit cesser d'exister si l'un de ces éléments vient à manquer. En effet, un fragment du Digeste consacre ce principe : « Possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore (1). »

426. La possession légale se perd par le fait (*corpore, facto*) dès que la chose cesse d'être à notre disposition. Par exemple pour les meubles, si la chose nous est soustraite ou enlevée par violence (2); si nous l'avons perdue de manière à ignorer absolument le lieu où elle est (3); si des pierres qui nous appartiennent ont été submergées dans le Tibre (4); si l'animal sauvage que nous détenions a repris sa liberté naturelle. Pour les immeubles, si l'on est expulsé violemment de son fonds (*vi dejectus*) (5); si le fleuve ou la mer vient occuper votre terrain (6). Mais ce serait une erreur de croire que, par cela seul qu'on est absent, on cesse de posséder; le fait de possession légale ne consiste pas en ce que nous détenons réellement la chose, mais en ce qu'elle est à notre libre disposition. Or, l'absence ne met point d'obstacle à ce fait (7). C'est ce qui a donné lieu à cet adage : *Animo retinetur possessio.*

427. La possession légale se perd par l'intention (*animo*), dès qu'il est établi que nous ne voulons plus posséder, bien que nous détenions encore la chose (8). Tel est le cas où nous vendons la chose en la retenant à bail ou en prêt. — Le pupille, l'homme en démence, n'ayant pas de volonté légale, ne peuvent par eux-mêmes perdre la possession de cette manière (9).

428. Quant à la propriété, sans entrer dans le détail de tous les événements qui la détruisent, il nous suffit de dire qu'elle doit

(1) D. 41. 2. 44. § 2. f. Pap. — Voyez pourtant, au même titre, le fragment 8 de Paul, qui semble dire que la possession ne cesse que lorsqu'on perd à la fois le fait et l'intention : « Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest : ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. » Mais le mot *utrumque* ne veut pas dire ici l'un et l'autre, mais bien soit l'un ou l'autre, soit tous les deux, comme le dit expressément Paul dans un autre fragment (DIG. 38. 10. 10. 3, *De gradibus et adfinibus*). — (2) D. 41. 2. 15. f. Gaius, et 3. § 18. fr. Paul. — (3) *Ib.* 25 pr. f. Pomp., et 3. § 13. fr. Paul. — (4) D. 41. 2. 13. f. Ulp. — (5) *Ib.* 3. §§ 8 et 9. f. Paul. — 41. 3 4. § 22. f. Paul — (6) 41. 2. 3. § 17. f. Paul. — (7) *Ib.* § 11. — Bien plus, nous voyons Papinien et les jurisconsultes qui l'ont suivi décider que, si, pendant votre absence, quelqu'un s'empare de votre fonds, vous n'en perdez pas la possession tant que vous l'ignorez; mais seulement lorsqu'à votre escient vos droits sont contestés ou méconnus (*Ib.* 46. f. Pap.; 3. §§ 7 et 8 f. Paul.; 6. § 1. f. Ulp ; 25. § 2. f. Pomp.). — (8) *Ib.* 3. § 6. f. Paul. La conclusion de ce paragraphe est celle-ci : « Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. » — (9) *Ib.* 29. f. Ulp., et 27. f. Procul.

nécessairement être perdue : 1° lorsque celui qui l'avait devient incapable d'être propriétaire, comme lorsqu'il meurt ou qu'il est fait esclave, mais le droit subsiste pour ses héritiers ; 2° lorsque la chose périt ou sort du patrimoine des hommes, comme il arrive pour les objets qui deviennent sacrés, religieux, ou pour l'animal sauvage qui reprend sa liberté ; 3° lorsque la propriété est transférée à autrui, ce qui renvoie à la connaissance des manières dont s'opère cette translation ; 4° enfin, lorsque le propriétaire rejette la chose parce qu'il n'en veut plus. C'est de ce cas seulement que traitent les deux paragraphes qui suivent :

XLVII. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolit ; ideoque *statim dominus esse desinit.*

47. D'après cela, il est très-vrai de dire que celui qui s'empare d'une chose abandonnée par le maître en devient propriétaire à l'instant. On considère comme abandonné ce que le maître rejette, parce qu'il ne veut plus l'avoir dans ses biens ; d'où il suit *qu'il cesse à l'instant d'en être propriétaire.*

429. *Statim dominus esse desinit.* Car il perd à l'instant et la possession légale et l'intention de propriété. Un fragment de Paul, au Digeste, nous apprend que, selon Proculus, la propriété de la chose abandonnée ne devrait être perdue que lorsqu'un autre s'en serait emparé ; mais cet avis n'était point suivi, et avec raison : tant que la chose abandonnée n'est prise par personne, elle est *res nullius ;* dès que quelqu'un s'en empare, elle lui est acquise (1).

XLVIII. Alia causa est earum rerum quæ, in tempestate maris, levandæ navis causa ejiciuntur : hæ enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis, eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

48. Il en est autrement pour les choses que, dans la tempête, on jette afin d'alléger le navire. On en conserve toujours la propriété ; car évidemment on ne les jette point parce qu'on n'en veut plus, mais parce qu'on veut, avec le navire, échapper plus facilement aux dangers des flots. Celui-là commet donc un vol qui, dans l'intention de se les approprier, les enlève du rivage où la vague les a poussées, ou même du sein de la mer. On ne voit guère de différence entre ces choses et celles qui, dans la course d'un chariot, tombent sans que le maître s'en aperçoive.

430. De ce paragraphe nous devons conclure que l'abandon de la chose ne fait perdre la propriété que lorsqu'on le fait avec intention de ne plus être propriétaire. Les exemples cités par le texte renferment l'application de ce principe. Une loi au Digeste sur le jet fait en mer paraît opposée à notre paragraphe (2) ; mais, en la lisant attentivement, on voit que tout se réduit à une question d'intention. Il n'y a aucun doute là-dessus.

(1) D. 41. 7. 2. f. Paul. — (2) D. 47. 2. 43. § 11. f. Ulp.

DES ACTIONS RELATIVES A LA POSSESSION ET A LA PROPRIÉTÉ.

431. Il n'est pas temps d'entrer ici dans le détail de toutes les actions relatives à la possession et à la propriété; mais quelques idées générales sont indispensables.

432. La possession et la quasi-possession étaient protégées spécialement par ce qu'on nommait des interdits (*interdicta*). Nous avons expliqué (tom. I, *Génér.*, nos 285 et suiv.) la nature particulière de cette institution. Nous savons que les interdits étaient employés dans des contestations principalement de fait, où, à défaut de loi, intervenait l'autorité du préteur; de ce nombre étaient celles sur la possession et la quasi-possession (1). Sur cette matière on les divisait en quatre classes : 1° interdits pour acquérir la possession qu'on n'avait pas encore eue (*adipiscendæ possessionis causa*); 2° pour conserver la possession que l'on avait et que quelqu'un vous disputait (*retinendæ possessionis*); 3° pour se faire restituer la possession qui vous avait été enlevée (*recuperandæ possessionis*); 4° et enfin interdits doubles, tant pour acquérir que pour recouvrer la possession (2). — Lorsque la procédure par formules fut supprimée, les interdits se trouvèrent transformés en actions ayant pour but d'obtenir de la sentence du juge ce qu'on obtenait de l'interdit du préteur. Telle est la législation sous Justinien (*Inst.* 4. 15. *princ.*).

433. La propriété était protégée principalement par les actions réelles (*actiones in rem*), dans lesquelles le demandeur ne poursuit pas l'exécution d'une obligation qui lierait personnellement son adversaire envers lui, mais soutient qu'une chose, corporelle ou incorporelle, c'est-à-dire physique, ou même simplement juridique, comme un droit de servitude, un état, un droit de famille, est à lui (3). Les Instituts donnent à ces actions le nom générique de vendications (*vindicationes*) (4). — Il existait plusieurs espèces d'actions réelles découlant soit du droit civil, soit du droit prétorien. Nous remarquerons particulièrement la vendication proprement dite (*rei vindicatio*), par laquelle un propriétaire poursuit sa chose dans les mains de tout possesseur, afin d'en être reconnu propriétaire et d'en obtenir la restitution (5). Le mot vendication, dans ce dernier cas, est pris dans son acception propre, et non dans le sens générique qu'on lui donne quelquefois.

TITULUS II.	TITRE II.
DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.	DES CHOSES CORPORELLES OU INCORPORELLES.
Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.	Certaines choses, en outre, sont corporelles, d'autres incorporelles.
1. Corporales hæ sunt, quæ sui na-	1. Sont corporelles celles qui, par

(1) Théoph. Inst. 4. 15. — (2) Gaius. 4. 143 et suiv. — (3) Inst. 4. 6. § 1. — (4) *Ib.* § 15. — (5) D. 6. 1. *De rei vindicatione.*

tura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

leur nature, tombent sous nos sens, comme un fonds, un esclave, un vêtement, l'or, l'argent et tant d'autres choses enfin.

II. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt : qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet quod in hereditate *res corporales continentur;* nam et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporale est.

2. Sont incorporelles celles qui ne peuvent tomber sous nos sens : telles sont celles qui consistent dans un droit, comme l'hérédité, l'usufruit, l'usage, les obligations, de quelque manière qu'elles soient contractées. Et peu importe que l'hérédité *contienne des choses corporelles;* car les fruits que l'usufruitier retire du fonds sont corporels; de même ce qui nous est dû en vertu d'une obligation est le plus souvent un objet corporel, un fonds, un esclave, de l'argent; et néanmoins le droit d'hérédité, le droit lui-même d'usufruit, d'obligation, sont incorporels.

434. Déjà, dans notre *Généralisation du droit romain,* tom. I, n[os] 106 et suiv., 109 et suiv., et ci-dessus, n° 303), nous avons suffisamment exposé la division des choses en choses corporelles et choses incorporelles, de pure création juridique; il suffira de se reporter à ce que nous en avons dit.

Res corporales continentur. Il n'est aucune chose incorporelle, aucun droit, qui, en définitive, ne tombe sur un objet corporel. Ainsi le droit d'usufruit porte sur le fonds, sur l'esclave, sur le troupeau dont on retire les fruits; le droit de créance, le droit d'action, sur la chose qui nous est due, que nous poursuivons en justice; de même le droit d'hérédité, sur les biens qu'avait le défunt. Souvent, il est vrai, on a un droit incorporel sur un droit incorporel, par exemple, un droit de legs sur une créance, un droit d'action sur un usufruit; mais toujours, en dernière analyse, on arrive à une chose corporelle qui est l'objet du dernier droit.

435. Nous rappellerons ici (V. n° 353) que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles d'être possédées, mais qu'il a été reçu pour celles qui sont des démembrements de la propriété une quasi-possession (*quasi-possessio*), qui consiste dans deux éléments : le fait d'avoir à sa libre disposition l'exercice du droit; et l'intention d'exercer ce droit comme maître; — qu'il suit de là qu'elles ne sont pas susceptibles de *tradition;* mais qu'il existe pour elles une espèce de tradition, qui consiste à livrer, à souffrir l'exercice du droit, et qu'on nomme généralement *quasi-tradition* (n° 415).

Quant aux moyens d'acquérir les divers droits, ils sont très-variés, et nous les examinerons en étudiant chacun de ces droits. Tantôt de simples faits, sans concours de volontés, ou même sans aucune volonté de l'homme, comme un délit, un dommage; tantôt la seule convention, comme dans le cas de vente, de louage, suffisent pour donner naissance à des droits. Mais les choses

incorporelles qui sont des démembrements de la propriété peuvent-elles s'acquérir par la seule convention, ou faut-il nécessairement pour elles, à l'exemple des choses corporelles, qu'il y ait en outre une quasi-tradition? Ce sera en les examinant que nous traiterons cette importante question.

III. Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.	**3.** Au nombre de ces choses sont les droits des fonds urbains ou ruraux, que l'on nomme aussi servitudes.

436. Nous avons vu que plusieurs des droits qui composent le domaine sont susceptibles d'être détachés les uns des autres et d'appartenir, même par fragments, à diverses personnes, parmi lesquelles on considère toujours comme *propriétaire* celui qui conserve l'élément essentiel du domaine, le droit de disposer (n° 345). De là dérivent les servitudes, que l'on nomme *jura*, parce qu'elles consistent en certains droits donnés sur la chose d'autrui; et *servitutes*, parce que ces droits forment une sorte d'asservissement pour la chose assujettie.

437. Ces divers démembrements du domaine peuvent être faits ou pour l'avantage spécial d'une personne à qui seule appartient le droit qu'on a séparé de la propriété, comme lorsque je donne à quelqu'un la faculté de percevoir les fruits de mon champ : ou pour augmenter l'utilité, l'agrément à retirer de la propriété d'une chose, à laquelle le droit est en quelque sorte attaché comme une qualité, de telle manière qu'il passe avec cette chose à la disposition de tout possesseur : comme lorsque j'accorde en faveur du champ voisin un droit de passage sur mon champ. Ces dernières servitudes ne peuvent avoir lieu que d'immeuble à immeuble, la fixité et la relation de voisinage ou de situation étant indispensables à leur existence. Les premières servitudes se nomment personnelles (*personarum, personales*) (1); les secondes, réelles ou prédiales (*rerum, prædiorum*) : « Servitutes aut personarum sunt... aut rerum (2). »

438. Plusieurs principes sont communs aux servitudes, tant prédiales que personnelles.

Ainsi toutes les servitudes, comme nous l'avons déjà exposé dans notre *Généralisation du droit romain*, sont au nombre de ces droits qu'on a nommés *droits réels*, puisque toutes ne sont que certains fragments de la propriété. Ce sont des droits qui, comme celui de propriété lui-même, nous appartiennent en propre, abstraction faite de toute personne et de toute obligation individuelle.

439. Il est impossible qu'un propriétaire ait une servitude quelconque sur sa propre chose; car, s'il a tous les droits de propriété réunis, il est impossible qu'il en ait des fragments séparés. De là

(1) Dig. 34. 3. 8. § 3. f. Pomp. — (2) Dig. 8. 1. 1. f. Marcian.

cet adage : *Nulli res sua servit* (1). Ainsi dans toute servitude se trouvent en concours sur la chose le propriétaire et celui qui jouit de la servitude. Chacun d'eux peut exercer tous les droits qui lui appartiennent, en respectant ceux de l'autre.

440. Aucune servitude ne peut avoir pour effet de contraindre le propriétaire de la chose à faire; car les servitudes ne sont que des démembrements du droit de propriété, et elles perdraient cette nature en devenant des obligations. Mais elles imposent à ce propriétaire la charge ou de souffrir ou de ne pas faire. « Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid » patiatur, vel non faciat (2). »

441. Il est de principe général et tout rationnel qu'on ne peut établir de servitude sur une servitude, « *servitus servitutis esse non potest;* » car les servitudes sont des fragments séparés immédiatement du droit de propriété lui-même. Celui qui a ce démembrement de la propriété ne pourrait le grever à son tour sans altérer les droits du propriétaire. Néanmoins des conventions ou des legs de ce genre pourraient donner naissance à des obligations qui, bien qu'elles ne fussent pas des servitudes, ne resteraient pas sans exécution (3).

442. Enfin nous savons déjà que les servitudes, étant incorporelles, ne peuvent être possédées; mais que, pour la plupart d'entre elles, la jurisprudence romaine avait admis une *quasi-possession* résultant de l'exercice du droit, joint à l'intention de l'exercer comme maître de ce droit (n° 415). Les servitudes qui sont susceptibles de cette quasi-possession sont celles qui consistent à souffrir. Quant à celles qui consistent à s'abstenir, à ne pas faire, c'est-à-dire en une pure négation, elles n'admettent l'idée ni de possession ni de quasi-possession.

443. Les notions historiques que nous avons sur les servitudes sont fort peu étendues. Il ne nous est parvenu aucun fragment des Douze Tables qui ait le moindre rapport aux servitudes personnelles. Quelques écrivains pensent qu'il en est de même pour les servitudes prédiales; de sorte qu'ils considèrent comme douteuse l'existence, à cette époque, de cette espèce de droits. Cependant la nature des choses et quelques passages d'anciens auteurs rendent cette existence probable, du moins pour les servitudes prédiales (4). Quoi qu'il en soit, cette matière était entièrement

---

(1) Dig. 8. 2. 26. f. Paul. — 8. 4. 10. f. Ulp. — (2) D. 8. 1. 15. § 1. f. Pomp. — Quelques auteurs donnent pour toutes les servitudes en général cette définition, qui, du reste, n'est pas dans les textes, et qui n'est pas pure de toute incorrection : « Un droit établi sur la chose d'autrui, pour l'avantage d'une personne ou d'une autre chose, par lequel le propriétaire est obligé de souffrir ou de ne pas faire. » — (3) D. 33. 2. 1. f. Paul. — 8. 3. 33. § 1. f. African. — (4) Un fragment de Gaius (D. 8. 3. 8.) dit que la largeur de la voie était fixée par la loi des Douze Tables; Varron dit la même chose (*De ling. lat.* 6. 2.); mais était-ce la voie publique ou privée? Voir Cicér. *Pro Cæcina*, 19 et 26. — Festus, au mot *Amseget's*.

développée du temps de Cicéron; et nous expliquerons, pour les diverses espèces de servitudes, les modifications successives qui furent apportées à la législation.

TITULUS III.	TITRE III.
DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM.	DES SERVITUDES PRÉDIALES.

Notion générale des servitudes réelles ou prédiales.

444. On les nomme prédiales, *servitutes prædiorum*, parce qu'elles n'existent que d'immeuble à immeuble. Lorsqu'on dit que la servitude est à la charge d'un immeuble et au profit d'un autre immeuble, qu'une servitude est due par tel immeuble à tel autre immeuble, on parle par figure, laconiquement. Le droit de servitude, en réalité, est au détriment de tous les propriétaires présents ou futurs de l'immeuble grevé, et au profit de tous les propriétaires présents ou futurs de l'autre immeuble; les droits n'ont pour sujets actifs ou passifs que les hommes; les choses n'en sont que les objets. Mais comme la locution plus brève est commode et s'entend bien, on fait sans scrupule l'ellipse et on l'emploie fréquemment; c'est ainsi que Papinien a dit: « *Non personæ, sed prædia debent* (1). » Le fonds sur lequel le droit de propriété est accru s'appelle fonds *dominant*, et celui sur lequel le droit de propriété est restreint, fonds *servant*. Celse a dit, en considérant le fonds dominant, que la servitude n'est pour lui qu'une certaine manière d'être, une qualité avantageuse, comme serait la fertilité, la salubrité, l'étendue (*quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?*) (2). Il est aussi vrai de le dire du fonds servant, comme qualité désavantageuse.

445. En allant au fond des choses, la servitude est pour les propriétaires de l'immeuble dominant une certaine extension du droit de propriété sur l'autre immeuble; et pour les propriétaires du fonds servant, une gêne, une restriction, une diminution du droit de propriété. Notez que le démembrement, le fractionnement qui en résulte peut porter sur l'un ou sur l'autre des éléments dont se compose le droit de propriété: sur le droit d'user, de se servir de la chose (sur le *jus utendi*), comme dans la servitude de passage; sur celui de prendre les fruits (sur le *jus fruendi*), comme dans la servitude de pacage; sur celui de prendre des produits qui ne sont pas des fruits, ou même des parties de la chose, comme dans la servitude d'extraire du sable, des pierres, de l'argile; enfin, sur celui de disposer de la chose (incomplétement désigné par l'expression de *jus abutendi*), principalement en gênant ce droit, en le paralysant plus ou moins dans les mains du propriétaire, comme

(1) D. 8. 3. *De serv. pr. rust.* 34. f. Pompon. — (2) D. 50. 16. *De verb. signific.* 86.

dans la servitude de ne pas planter, de ne pas bâtir, de ne pas élever plus haut que telle limite. Cette dernière altération du domaine est la source des servitudes négatives, c'est-à-dire qui consistent à ne pas faire. Du reste, toute servitude quelconque enlève forcément au propriétaire le droit de consommer, de détruire ou de modifier sa chose d'une manière nuisible à la servitude : avantageuse, oui, mais préjudiciable, non : « *Omnino sciendum est*, dit Paul, *meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse* (1) » ; ainsi elle altère toujours le *jus abutendi*. En somme, le domaine donne sur la chose un plein pouvoir (*plenam in re potestatem*) : la servitude peut être une fraction, un démembrement, une altération de l'un quelconque de ses pouvoirs. — En se plaçant au point de vue du fonds dominant, un jurisconsulte allemand, Stever, dans son Traité des servitudes, en 1817, a émis cette classification tripartite, reproduite par Vangerow dans son Manuel des Pandectes, qu'une servitude prédiale donne toujours sur le fonds servant un de ces trois droits : ou le *jus habendi*, comme le droit d'avoir des jours, des vues, des saillies; ou le *jus prohibendi*, comme la prohibition de bâtir, de nuire aux jours, à la vue; ou le *jus faciendi*, comme le droit de passage, de puisage, de pacage. Cette analyse est d'une vérité générale; mais elle n'a pas été formulée par les jurisconsultes romains; elle reste étrangère à leurs textes. — Ces jurisconsultes se sont placés au point de vue du fonds servant lorsqu'ils ont dit que toute servitude consiste à souffrir ou à ne pas faire : « *ut aliquid patiatur vel non faciat* » ; mais non à faire, par exemple, à peindre son mur, afin d'en rendre l'aspect plus agréable (ci-dess., n° 440) : ceci ne serait ni une participation ni une restriction quelconque au droit de propriété, ce serait une obligation, qui ne serait point transmissible (comme le serait un droit de passage) aux propriétaires ultérieurs. Nous verrons cependant (ci-après, n° 453) une exception spéciale à cette règle.

Division en servitudes rurales ou urbaines.

446. Les servitudes réelles se divisent, en droit romain, en servitudes de fonds ruraux (*prædiorum rusticorum*) ou de fonds urbains (*prædiorum urbanorum*); Ulpien les nomme plus laconiquement servitudes rurales ou urbaines (*rusticæ, sive urbanæ*) (2). — Les jurisconsultes romains ont soin d'expliquer qu'on entend par *prædia urbana* les édifices quelque part qu'ils soient situés, même les étables, les bâtiments d'exploitation, un pavillon, une maison de plaisance à la campagne : « *quia urbanum prædium non locus facit, sed materia,* » dit

(1) D. 8. 2. *De serv. pr. rust.* 20. § 5. — (2) D. 8. 5. *Si serv. vind.* 1.

énergiquement Ulpien (1). Reste, pour les fonds ruraux, le sol sans bâtiment (*locus sine ædificio*) à la ville ou à la campagne. L'acception de ces épithètes pourra être différente en d'autres questions : comme lorsqu'il s'agira de la prohibition d'aliéner sans décret les *prædia rustica* ou *suburbana* des mineurs de vingt-cinq ans, parce que c'est ici la situation de l'immeuble qu'il faut considérer (ci-dess., n° 265), ou dans quelques points douteux relatifs au gage tacite du locateur de fonds urbains (2); mais quant aux servitudes, la règle est bien posée : « *Cæterum etsi in villa ædificia sint, æque servitutes prædiorum urbanorum constitui possunt* (3). »

447. Dans quel sens faut-il entendre cette division ? C'est là un problème depuis longtemps agité entre les interprètes. Si les deux fonds, tant servant que dominant, étaient toujours l'un et l'autre de même qualité, c'est-à-dire l'un et l'autre ruraux, ou l'un et l'autre urbains, la difficulté paraîtrait moindre ; mais ils peuvent être de qualité opposée, l'un urbain et l'autre rural, ou réciproquement ; qualifiera-t-on la servitude par le fonds dominant, ou par le fonds servant, ou par toute autre considération ? Une définition donnée par les jurisconsultes romains nous serait bien nécessaire, mais nous n'en trouvons aucune chez eux en propres termes. Celle-ci, pour les servitudes urbaines : « *quæ ædificiis inhærent* », que nous lisons au § 1er de notre titre, nous jetterait dans l'embarras si nous prenions dans un sens matériel l'inhérence dont il y est parlé ; car tantôt nous en rencontrerions l'instrument dans le fonds dominant, comme en la servitude de gouttière ou de saillie d'un balcon ; tantôt dans le fonds servant, comme en celle d'une fenêtre ouverte dans le mur du voisin ; tantôt dans tous les deux, comme en celle d'une poutre partant de l'un des fonds et entrant, pour s'y appuyer, dans le mur de l'autre ; enfin, tantôt nulle part, comme en celle de ne pas bâtir sur un terrain vide de toute construction. Force est donc ou d'abandonner cette définition, ou d'entendre cette inhérence en abstraction, métaphysiquement.

448. L'interprétation dominante a été jadis de prendre ce génitif, *servitutes prædiorum rusticorum*, ou *prædiorum urbanorum*, dans son acception la plus simple, comme marquant la propriété : de même qu'on dit *servitutes personarum* pour celles qui appartiennent à un usufruitier, à un usager ; de même ici les locutions employées se référeraient au fonds dominant (4).

---

(1) D. 50. 16. *De verb. sign*. 198. f. Ulp. et 211. f. Florent. — (2) D. 20. 2. *In quib. caus. pign*. 4. f. Nerat. — (3) D. 8. 4. *Comm. præd*. 1. pr. f. Ulp. — (4) Il n'y a rien à conclure en faveur de cette interprétation de ces termes d'Ulpien : *Servitus urbano prædio debita* (D. 23. 5. *De fundo dotali*, 6). Ulpien voulant exposer une conséquence de l'inaliénabilité du fonds dotal, est bien obligé de supposer une servitude due à ce fonds ; mais il n'est rien dit de la qualité de cette servitude.

Mais comme les variations de la vogue, tant que la vérité n'est pas invinciblement démontrée, s'attachent même aux choses de controverse scientifique, cette manière de voir était depuis longtemps tombée en défaveur et remplacée par quelques autres. Puchta, dans son cours d'Instituts, l'a remise debout en y apportant l'appui de son savoir; et, dans notre Faculté, notre excellent collègue M. Machelard en a fait l'objet d'une dissertation spéciale, où se remarquent les qualités d'un esprit nourri de tous les textes, ingénieux et indépendant (1).

La grande objection contre cette interprétation est que souvent les mêmes servitudes sont susceptibles d'être établies au profit soit d'un fonds rural, soit d'un fonds urbain, par exemple celles de passage, de puisage, de conduite d'eau, de ne pas bâtir, plusieurs autres encore, et que l'esprit serait choqué de les voir compter tantôt comme rurales et tantôt comme urbaines, tandis que leur nature n'a pas changé. Puchta et Machelard répondent qu'il ne faut pas s'y méprendre; qu'autre est le service d'un droit de passage pour l'exploitation d'un champ, d'un droit de conduite d'eau pour l'irrigation d'un pré, autre celui des mêmes droits pour l'accès d'une maison ou pour les besoins de ses habitants. L'observation est juste pour ces deux sortes de servitudes et pour quelques autres, quoique pas pour toutes; mais de quoi s'agit-il en cela? de variations dans le mode, dans la quantité : quant à la nature de la servitude, elle reste la même. Or il paraît évident, d'après la plupart des textes, que les jurisconsultes romains ont attribué à chaque espèce de servitude un caractère fixe, ou rural ou urbain, et non un caractère ambulatoire du rural à l'urbain, ou réciproquement, suivant que change le fonds dominant.

449. Le bénéfice de ces controverses est de nous acheminer vers la solution. Cette solution me semble, quant à moi, pouvoir être donnée ainsi. Historiquement, dans les origines du vieux droit romain à ce sujet, ce qui a frappé les esprits, c'est la différence entre les services dans l'intérêt agricole et ceux dans l'intérêt des habitations. Les locutions *servitutes prædiorum rusticorum* ou *prædiorum urbanorum* ont été employées dans ce sens général, sans songer à préciser de quel fonds, dominant ou servant, il s'agirait. Les servitudes les plus usuelles, qui profitent communément à la culture des champs, sont entrées dans la première catégorie; celles qui profitent communément aux habitations sont entrées dans la seconde. De là les considérations d'utilité qui ont fait ériger les servitudes rurales, malgré leur caractère incorporel, en choses *mancipi*, et laisser les servitudes

(1) E. Machelard, *Examen critique des distinctions admises, soit en droit romain, soit en droit français, en ce qui concerne les servitudes prédiales*, Paris. 1868. in-8°. — V. aussi M. Molitor, professeur à l'Université de Gand : *La Possession, la Revendication, la Publicienne et les Servitudes en droit romain*, 1868, in-8°. — M. Accarias, tom. I, n° 268.

urbaines dans la classe des choses *nec mancipi* (t. Ier, *Génér.*, nos 125 et 126, et ci-dess., n° 304) (1) : les cultivateurs n'auront pas besoin de se transporter à la ville, devant le magistrat, pour établir ou pour éteindre conventionnellement des servitudes rurales : six d'entre eux, l'un comme *libripens*, les autres comme témoins, tous citoyens romains, leur suffiront à faire une mancipation; tandis que les citadins devront, chose à leur portée, recourir à la juridiction et accomplir devant elle une *in jure cessio*. Quant aux nuances plus subtiles, aux interversions possibles d'une classe à l'autre, le droit primitif ne s'en est pas inquiété.

Les jurisconsultes ultérieurs ont reçu et conservé par tradition ce moule à deux faces, pour y jeter toutes les servitudes; continuant à procéder, non par définition, mais par énumération; estimant chaque servitude par elle-même, et la qualifiant de rurale ou d'urbaine, d'après sa nature usuelle la plus commune. Mais à l'époque classique plus avancée, il leur était nécessaire, et il entrait dans la nature logique de leur esprit, d'adopter, pour faire cette appréciation, quelque *criterium* systématique, d'autant plus que la jurisprudence en progressant a établi des différences marquées entre les deux classes de servitudes, non plus seulement quant aux vieilles *res mancipi* ou *nec mancipi*, mais en divers points plus modernes, relatifs notamment à la quasi-possession de ces droits, idée de date plus fraîche, et aux conséquences à en déduire pour l'extinction des servitudes : or quel était ce *criterium?* — Lorsque Stever et Vangerow ont cru pouvoir le placer en ceci : que les servitudes rurales seraient celles qui consistent *in faciendo*, et les servitudes urbaines, celles qui consistent *in habendo* ou *in prohibendo*, ils ont fait de leur analyse exacte une application à la division romaine, que Puchta qualifie d'étrange, cette application ne se rencontrant, ni pour les termes ni pour le fond, en aucun texte. Elle encourt, en outre, le reproche plus grave d'être fautive : témoin, la servitude dont parle Pomponius, de ne pas chercher de l'eau dans son fonds, de peur de diminuer celle du voisin (2), ou celle d'avoir près de la limite des champs des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale, ou même des arbres qui étendent leurs branches sur le fonds du voisin. L'une consiste *in prohibendo*, l'autre *in habendo;* il serait difficile cependant d'en contester le caractère rural. — Nous sommes de ceux qui pensent (entre autres Vinnius, sous le § 1er de notre titre) que l'indication la plus claire de l'idée qu'ont suivie, pour se diriger, les jurisconsultes romains nous est fournie par ce fragment de Paul, inséré au Digeste : « Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie

(1) Ulp. *Reg.* 19.1. — Gaius. 2. 17. — (2) D. 8. 1. *De servit.* 15 pr. f. Pomp.

consistunt (1). » Paul ne dit pas sans doute qu'il donne ici la définition des servitudes rurales et des servitudes urbaines; mais si l'on veut se reporter aux divers exemples par lui cités en d'autres fragments, on verra que ce sont toutes servitudes urbaines qui répondent à cette qualification : « *Quæ in superficie consistunt* (2); » et toutes servitudes rurales à celle-ci : « *Quæ in solo consistunt.* » Cette idée et cette manière de l'exprimer ne sont pas spéciales à Paul et à son époque; on les trouve chez un jurisconsulte antérieur, Javolénus, qui fait observer qu'une servitude établie pour des vignes, bien qu'il s'agît sans doute de vignes grimpantes et courant de l'une à l'autre sur de longs appuis, comme c'est encore le mode de culture en plusieurs contrées de l'Italie, appartient plus au sol qu'à la superficie (*ad solum magis quam ad superficiem pertinet*) (3). Il faut, en effet, un édifice ou quelque construction de cette nature pour constituer un fonds urbain (ci-dess., n° 446). Nous nous croyons donc autorisé à dire que l'idée générale et raisonnée à laquelle la jurisprudence romaine a ramené la division antique des servitudes est celle-ci : il est des servitudes qui prennent leur existence, leur élément essentiel et constitutif, leur consistance, pour employer l'expression romaine, dans l'idée de sol (*in solo consistunt*), indépendamment de toute édification ou construction quelconque, choses accessoires qui peuvent se rencontrer ou ne pas se rencontrer sur les fonds sans changer la nature de ces servitudes : telles sont celles de passage, de puisage, de pacage, etc. Il en est d'autres, au contraire, qui prennent leur élément essentiel et constitutif, leur consistance, dans l'idée de superficie, c'est-à-dire d'une édification ou construction quelconque au-dessus du sol (*in superficie consistunt*) : telles sont celles de jour, de vue, de gouttières, etc. Les premières sont servitudes rurales, les secondes servitudes urbaines. — Notez que ces dernières peuvent exister sans même qu'il y ait aucun bâtiment sur l'un ni sur l'autre fonds : par exemple, dans la servitude au profit de mon champ que vous ne bâtirez pas sur le vôtre, il n'y a d'édifice nulle part; mais l'idée négative de bâtiment, de superficie, forme l'élément constitutif, la consistance de la servitude. C'est pour de tels motifs, sans doute, que notre ancien collègue M. Demangeat, idéalisant complétement la définition (*Cours élém. de dr. romain*, t. Ier, p. 512), s'est arrêté à cette formule : « Toute servitude à laquelle vous ne pouvez songer sans que l'idée de construction se présente à votre esprit est une servitude urbaine, lors même qu'il n'existe pour le moment aucune construction; au contraire, est rustique la servitude que

(1) D. 8. 1. *De servit.* 3. — (2) D. 8. 2. *De serv. pr. urb.* 20 pr. — (3) 8. 3. *De serv. pr. rust* 13. pr.

vous pouvez concevoir sans qu'elle appelle nécessairement dans votre esprit l'idée de construction. » — Nous ferons néanmoins à tout ce qui précède cette réserve : que les jurisconsultes romains ayant continué, malgré cette idée générale, à procéder, comme dans l'antiquité, par voie d'énumération, il n'est pas dit que leur nomenclature ne se trouve, pour quelques cas spéciaux, en dehors de la généralité.

450. Ces jurisconsultes ont signalé entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines cette différence : que dans les premières, telles que le passage, le puisage, le pacage, l'exercice de la servitude est discontinu, puisqu'il n'a lieu que par le fait de l'homme : « Servitutes prædiorum rusticorum ..... tales sunt ..... ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur (1). » Tandis que les servitudes urbaines (Paul emploie ici sa synonymie, *quæ in superficie consistunt*) offrent par leur nature même un caractère de continuité : « Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur; » en effet, ma poutre qui s'appuie sur votre mur, ma gouttière qui penche sur votre terrain, ma fenêtre qui domine votre cour, sont toujours là : « Quasi quodam facto possideo », ajoute expressivement Paul (2). — De là des différences légales de la plus haute importance entre la quasi-possession de ces servitudes et la manière de les perdre par le non-usage. — Mais là-dessus la jurisprudence romaine, partant de sa vieille division traditionnelle, était en défaut, parce que, s'il était vrai que le caractère rural répondît le plus souvent à la discontinuité, et le caractère urbain à la continuité des servitudes, ils n'y répondaient pas toujours : par exemple, la servitude rurale d'aqueduc pouvait dans un grand nombre de cas être continue, et celle, rurale aussi, de ne pas chercher l'eau dans son fonds, afin de ne pas nuire aux eaux du voisin, l'était toujours. D'où la nécessité pour la jurisprudence romaine d'employer, en plusieurs cas pareils, des expédients pour se corriger.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: *iter, actus, via,* aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum : itaque qui habet iter, actum non habet; qui actum habet et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi : nam et iter et actum in se continet via.	Les servitudes de fonds ruraux sont : *le passage, la conduite, la voie,* l'aqueduc. Le passage est le droit d'aller, de passer, pour un homme, mais non de conduire des bestiaux ou des voitures. La conduite est le droit de conduire des bestiaux et des voitures. Ainsi celui qui a le passage n'a pas la conduite; mais celui qui a la conduite a aussi le passage, et peut en user même sans

(1) D. 8. 1. *De serv.* 14. pr. f. Ulp.; et aussi 8. 2. *De serv. pr. urb.* 6. f. Gai — (2) *Ibid.* 20. pr. f. Paul.

Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

bestiaux. La voie est le droit d'aller, de conduire, de passer; elle renferme en elle et le passage et la conduite. L'*aqueduc* est le droit de faire passer de l'eau par le fonds d'autrui.

451. *Iter, actus, via.* La différence entre ces trois servitudes doit être bien précisée. — 1° Dans *iter,* le but essentiel est de passer (*eundi gratia*); du reste on le peut soit à pied, soit en litière, soit à cheval (1). — 2° Dans *actus,* le but essentiel est de conduire (*agendi gratia*). D'après la loi, le droit de passer y est aussi renfermé. Mais hors de là il ne contient aucun autre droit. Ainsi, on ne pourrait ni traîner des pierres ou des poutres, ni transporter des piques élevées (*hastam rectam*); car de pareils actes ne seraient faits ni dans le but de passer, ni dans le but de conduire (*neque eundi, neque agendi gratia*) (2). Le droit de conduire s'étend, d'après la loi, tant aux bestiaux qu'aux voitures; mais on peut convenir, par exemple, que les voitures ne passeront pas (3). De même le *actus* légal renferme toujours le *iter;* mais on peut convenir qu'il ne sera permis de passer que pour conduire (4). — 3° Dans *via,* le but essentiel est de passer, de conduire, et de se servir du chemin pour tous ses usages, sans dégrader ni les plantes ni les fruits (5). Si l'un de ces droits manquait, on n'aurait plus le *jus viæ,* mais une autre servitude.

452. La largeur de la voie est fixée par la loi; elle est de huit pieds, et, dans les détours, de seize (6). On peut convenir d'une largeur plus ou moins grande, pourvu qu'elle suffise à l'exercice de tous les droits qui forment l'essence de la voie (7). Mais si le chemin, assez large pour le passage des bestiaux, était trop étroit pour celui des voitures, il n'y aurait pas droit de voie, il y aurait

(1) « Iter est qua quis pedes, vel eques commeare potest » (Dig. 8. 3. 12. f. Modest.). — (2) D. 8. 3. 7. f. Ulp. — (3) D. 8. 1. 13. f. Pomp. — (4) « Qui.,. actum sine itinere habet, actione de servitute utetur » (D. 8. 5. 4. § 1. f. Ulp.). — On pourrait cependant opposer à cette dernière proposition le fragment ainsi conçu : « Nunquam actus sine itinere esse posset » (D. 34. 4. 1. f. Paul). Et peut-être serait-on autorisé à en conclure que, d'après certains jurisconsultes, dans *actus* le droit de passer et celui de conduire devaient essentiellement être réunis. De sorte que si on stipulait le droit de conduire seulement, on établissait bien une servitude, mais particulière, qui n'était plus le *actus* de la loi. — (5) La loi suivante réunit les explications essentielles que nous venons de donner : « Qui sella aut lectica vehitur, ire non agere dicitur... — Qui actum » habet , et plaustrum ducere, et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem » aut tignum neutri eorum jus est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere, » quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret... — Qui viam habent eundi » agendique jus habent plerique, et trahendi quoque, et rectam hastam refe- » rendi, si modo fructus non lædat. » (D. 8. 3. 7. f. Ulp.) — (6) « Viæ lati- » tudo ex lege Duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet; in anfrac- » tum, id est ubi flexum est, sedecim. » (D. 8. 3. 8. f. Gaius). Cette largeur est souvent nommée *legitima*. Cependant les auteurs qui contestent que les servitudes aient existé sous les Douze Tables mettent en doute que dans ces Tables la disposition dont parle Gaius fût relative aux droits de voie des particuliers. — (7) Dig. 8. 3. 23. f. Paul.

actus. — La largeur pour le passage ou pour la conduite n'est pas fixée par la loi. Les parties doivent la déterminer dans le titre, sinon elle doit être réglée par arbitre (1). Si, sous le nom quelconque, soit de *via*, soit de *actus*, on avait établi un chemin si étroit qu'il ne pût servir ni aux bestiaux ni aux voitures, ce serait *iter*, mais non *actus* (2). — Nous ne croyons pas exact de signaler, comme le fait Puchta, cette différence juridique entre la servitude de *via* et celle de *iter* ou *actus*, que, dans la première, il y aurait une route tracée et construite (*munita*), ce qui, en fait, est nécessité par l'usage des chariots ou des chars, tandis que, dans les deux autres, il n'y en aurait pas, et il serait loisible de passer ou de pousser le troupeau n'importe où, à travers champs. Voilà qui serait une bien triste condition d'agriculture! Ce dernier point n'aurait été admis, comme usage du droit, qu'en cas de convention expresse s'accommodant à la nature du terrain. Hors de ce cas, nous renvoyons aux textes qui parlent, soit pour la voie, soit pour le *iter* et le *actus*, de la manière de régler, à défaut de fixation par les parties, le lieu sur lequel elles s'exerceront, ou de la largeur à donner aux unes ou aux autres, ou des travaux à faire pour le passage (3).

Ces sortes de servitudes peuvent être établies, suivant les cas, pour l'exploitation des champs ou pour l'accès des maisons; Paul cite un *iter ad sepulchrum* (4); elles peuvent s'exercer sur le sol, ou sur quelque construction, comme un pont, un viaduc; Paul parle d'un droit de passage dans une cour, avec des degrés à l'extrémité, pour monter et parvenir à une maison supérieure; Scævola, d'un passage à travers une maison pour arriver à un jardin et à un *cænaculum* qui y sont attenants; enfin Julien, disant que rien n'empêche d'établir un droit de passage à exercer seulement pendant le jour, ajoute que cela est presque nécessaire à l'égard des fonds urbains (5); mais nous ne voyons dans aucun de ces cas, d'une manière nette, pas même dans celui de la loi 20, § 1er, de Paul, où il s'agit de maisons et de cour avec des degrés, que les jurisconsultes romains aient considéré ces droits de passage comme servitudes urbaines, bien qu'il y figure des constructions ou édifices. Leur place, sous la rubrique *De servitutibus prædiorum urbanorum*, autorise à le supposer; mais ce n'est qu'un faible indice, les servitudes des deux genres étant mêlées souvent, dans le Digeste, sous l'une ou l'autre des deux rubriques.

(1) Dig. 8. 3. 13. § 2. f. Javol. — (2) « Si tam angusti loci demonstratione » facta, *via* concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire » possit, *iter* magis quam via aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum » ea duci poterit non etiam vehiculum *actus* videbitur acquisitus » (D. 8. 1. 13. f. Pomp.) — (3) D. 8. 1. *De serv.*, 9 et 10. f. Cels. — 8. 3, *De serv. pr., rust.* 13. f. Javol., et 26. f. Paul. — (4) 8. 1, *De serv.*, 14. § 1. f. Paul. — (5) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 20. § 1. f. Paul.; 41. f. Scævol. — 8. 4, *Commun.*, 14. f. Julian.

Aquæductus. Il faut distinguer d'abord la prise d'eau, et ensuite le droit de conduire cette eau à travers la propriété d'autrui jusqu'au fonds auquel elle doit servir, ensemble qui constitue le *jus aquæ ducendæ*. Si ce fonds est séparé de la prise d'eau par plusieurs autres fonds intermédiaires, la servitude d'aqueduc doit s'étendre nécessairement sur chacun d'eux; mais toujours elle se relie à la prise d'eau, qui en est comme l'origine et la condition vitale. Or rien de plus variable que le mode d'établissement et d'usage d'un aqueduc. Entre ces petites rigoles d'irrigation dont parle l'églogue, qu'un enfant suffit à ouvrir et à fermer tour à tour à chaque arrosage :

« Claudite jam rivos, pueri : sat prata biberunt, »

et ces constructions grandioses dont nous avons un élégant exemple dans le pont du Gard, et des ruines imposantes, debout de distance en distance aux plaines de Fréjus, montrant le chemin vers la montagne, quelle différence! Du petit au grand, privé ou public, l'aqueduc peut faire courir l'eau à ciel ouvert, dans un simple sillon (*sulco aperto*), la cacher sous terre en des tuyaux ou en des canaux (*si forte sub terra aqua ducatur*), l'élever sur des arcades formant superficie; il peut servir à une prise d'eau à jours ou heures limités, durant l'été seulement, ou quotidiennement en toute saison (*aqua quotidiana vel æstiva*); l'eau peut n'y couler que par le fait de l'homme, lorsqu'on va ouvrir les bondes, vannes ou écluses; ou bien elle y peut couler en permanence, la source se déversant d'elle-même dans le canal; elle peut être destinée à l'irrigation de diverses cultures dans les champs, ou au service d'une usine, comme un moulin, ou aux besoins d'une ferme, ou à ceux d'une maison de ville : servitude multiforme, dont les variétés, surtout celles qui tiennent à la discontinuité ou à la permanence de l'écoulement de l'eau, à l'existence ou à l'absence de constructions ou de maçonneries sur le sol ou sous le sol, sont de nature à exercer leur influence sur le droit. L'énumération romaine la range cependant en un seul bloc parmi les servitudes rurales. Il faut pressurer le texte d'Ulpien (D. 43, 20, *De aqua quot. et æst.*, 1, § 11) pour en faire sortir que la servitude d'aqueduc pour l'usage d'un fonds urbain est urbaine, encore n'en vois-je pas couler clairement cette conséquence. Mais ce qu'Ulpien a dit en propres termes, hors de controverse, c'est que, conduit à travers une maison (*forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci*), l'aqueduc devient servitude urbaine (1); chose d'autant plus singulière que ce serait ici le fonds servant qui lui donnerait cette qualité. Ulpien, pour la qualification, ne tient donc pas plus

(1) D. 6. 2, *De publ. act.*, 11. § 1.

au fonds dominant qu'au fonds servant. Comment espérer grande harmonie d'une méthode qui procède par des énumérations traditionnelles, venant plus d'une fois se heurter contre les faits? La distinction émise par Paul apporte au moins quelque fixité.

1. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ quæ ædificiis inhærent : ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item, urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ : ut vicinus *onera vicini sustineat;* ut in parietem ejus liceat vicino *tignum immittere;* ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, *vel non recipiat;* et *ne altius tollat* ædes suas, ne luminibus vicini officiat.

1. Les servitudes de fonds urbains sont celles qui existent par les édifices; de là vient leur nom de servitudes de fonds urbains : car tous les édifices, même ceux élevés à la campagne, se nomment fonds urbains. Au nombre de ces servitudes sont les suivantes : que le voisin *supportera la charge de la maison voisine;* que sur son mur le voisin aura le droit d'*appuyer des poutres;* que quelqu'un recevra l'eau d'un toit ou d'une gouttière sur son bâtiment, dans son égout ou dans sa cour, ou bien *qu'il ne la recevra pas;* qu'on *ne pourra élever plus haut*, ou nuire au jour du voisin.

453. Toutes les servitudes qu'énumère le texte prennent leur existence dans l'idée indispensable de bâtiments, de construction ou de superposition quelconque sur le sol, et, par conséquent, *in superficie consistunt.* On peut remarquer aussi que toutes sont continues.

Onera vicini sustineat. Cette servitude consiste en ce que le pilier du voisin ou sa muraille (*columna vel paries*) porte le poids de l'édifice dominant. Elle a cela de remarquable que le propriétaire du pilier ou du mur de soutènement est tenu de l'entretenir : ce qui est contraire à cette règle que les servitudes ne consistent jamais à faire. Cette exception paraît venir, comme on peut le voir dans un fragment de Paul, de ce qu'il était d'usage d'établir la servitude *oneris ferendi* en ajoutant cette loi : *Paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit* (que le mur de soutènement reste toujours tel qu'il est), ce qui ne pouvait signifier autre chose, ajoute le jurisconsulte, sinon que le mur devait être entretenu dans son état actuel (1). Cependant la question n'avait pas été sans controverse. Gallus ne croyait pas qu'on pût insérer une clause qui produisît cet effet. Mais l'avis de Servius, dans l'espèce particulière de la servitude *oneris ferendi*, avait prévalu. Du reste, comme le remarquait Labéon, la charge des réparations portait sur la chose et non sur la personne; aussi le propriétaire pouvait-il s'en libérer en abandonnant l'héritage assujetti (2).

Tignum immittere. Cette servitude diffère de la précédente en ce qu'elle ne donne pas le droit de forcer aux réparations le voisin, qui est seulement tenu de supporter la charge (3).

Vel non recipiat. On entend par *stillicidium* l'eau qui découle

(1) D. 8. 2. 33. f. Paul. — (2) D. 8. 5. 6. § 2. — (3) D. 8. 5. 8. § 2. f. Ulp.

naturellement d'un toit; par *flumen*, celle qui est recueillie et versée par une gouttière. On distingue les servitudes *stillicidii recipiendi* et *stillicidii non recipiendi*. La première est facile à comprendre; la seconde a donné lieu à plusieurs interprétations. La plus généralement répandue consiste à dire qu'il y aurait servitude *stillicidii non recipiendi* dans les lieux où les statuts locaux établissant comme droit commun l'obligation de recevoir l'égout des toits supérieurs, on acquerrait du voisin le droit de ne pas recevoir son égout; quelques-uns préfèrent celle donnée par Théophile ou s'ingénient à en découvrir de plus satisfaisantes (1). Du reste, il paraît que cette servitude, quelle qu'elle fût, n'était pas fort en usage; car il n'en est parlé que dans ce passage des Instituts, bien que plusieurs fragments du Digeste soient relatifs à la servitude *stillicidii recipiendi*.

Ne altius tollat. On distingue encore ici les servitudes *altius non tollendi* et *altius tollendi*. Cette dernière, dont il est parlé dans quelques fragments du Digeste et dans le dernier livre des Instituts (2), a, de même que la servitude *stillicidii non recipiendi*, donné lieu à plusieurs interprétations, dont la plus généralement adoptée repose encore sur la différence des statuts locaux. En effet, chacun, en règle générale, peut élever son édifice aussi haut qu'il lui plaît, quand même le voisin devrait en souffrir. Ce principe est exprimé dans les textes (3). Cependant quelque loi spéciale, quelque statut local pourrait, dans l'intérêt des voisins, prescrire une limite à la hauteur des constructions. Pour dépasser cette limite, il faudrait acquérir des voisins la servitude *altius tollendi* (4).

---

(1) Voici l'explication de Théophile (hoc §) : « Ou bien tu avais sur ma pro- » priété un semblable droit, et je t'ai oblige à ne plus verser sur ma maison, ou » sur mon terrain, l'eau de ton toit ou de tes gouttières. » — Enfin quelques auteurs entendent par la servitude *stillicidii non recipiendi* le droit par lequel, voulant profiter des eaux pluviales, j'obligerais le voisin à ne point retenir chez lui, pour son propre usage, celles de son toit, mais à me les envoyer, ce qui peut être fort utile pour l'alimentation des citernes.

(2) D 8. 2. 2. f. Gaius. — INST. Justin. 4. 6. § 2.

(3) D. 8. 2. 9. f. Ulp. — COD. 3. 34. const. 8 et 9. Diocl. et Maxim.

(4) Il est certain que plusieurs constitutions ont été rendues par les empereurs sur le mode de construction et sur la hauteur des édifices. Les historiens et les jurisconsultes en rendent témoignage. Strabon (chapitre v) et Suétone (*in Augusto*, § 89) nous l'apprennent pour Auguste; Tacite (*Annal.*, liv. 15. § 43) pour Néron; un fragment d'Ulpien (DIG. 30. 1. 1. § 17) nous parle de constitutions impériales sur ce sujet; enfin le Code nous offre des rescrits de Sévère et Antonin (COD 8. 10. 1), et de Zénon (*ibid.*, 12. §§ 1 et 2). Sans doute les règles de ces statuts, qui avaient pour but la sûreté publique, ne pouvaient pas être transgressées en vertu de conventions privées; mais il n'en devait pas être de même de celles qui n'avaient pour but que l'utilité des voisins. — Quelques commentateurs font consister la servitude *altius tollendi* dans le droit de forcer le voisin à élever plus haut, soit pour nous garantir du vent, soit pour une utilite quelconque; d'autres dans le droit d'élever des constructions supérieures sur la maison du voisin. Mais la première explication, contraire à la

Du reste, la prohibition d'élever (*altius non tollendi*) pourrait s'appliquer non-seulement à un édifice, mais à toute construction ou superposition quelconque au-dessus du sol : elle n'en constituerait pas moins une servitude urbaine.

Ne luminibus officiat. A l'égard des jours, deux servitudes peuvent exister : *jus luminum* et *ne luminibus officiatur*. La servitude *luminum* n'a lieu, d'après certains commentateurs, que lorsque nous forçons le voisin à nous laisser ouvrir des fenêtres sur son mur ou sur le mur mitoyen; d'après d'autres, elle existe toutes les fois que le voisin est obligé de souffrir nos jours, qu'ils soient pris sur son mur ou sur le nôtre. La servitude *ne luminibus officiatur* empêche le voisin de rien faire qui puisse nuire aux jours. De sorte que l'une est plus étendue que l'autre : dans la servitude *luminum*, il suffit que le voisin laisse subsister les jours; dans la servitude *ne luminibus officiatur*, il ne peut les diminuer en rien, ni par des plantations, ni par des constructions, ni par des ouvrages quelconques (1).

Nous ne parlerons pas de plusieurs autres servitudes urbaines que les Instituts passent sous silence : *jus prospectus; ne prospectui officiatur; projiciendi, protegendi; fumi immittendi*, etc.

II. In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

2. Parmi les servitudes de fonds ruraux on compte avec raison le droit de puiser de l'eau, d'abreuver un troupeau, de le faire paître, de cuire de la chaux, d'extraire du sable.

451. Le texte reprend ici l'énumération interrompue des servitudes rurales, et plusieurs lois du Digeste en citent encore un grand nombre : droit, à l'égard du fonds voisin, de puisage (*haustus*), d'abreuvage, de pacage, de cuire la chaux, d'extraire du sable, de la craie, des pierres, de prendre des tuteurs pour les vignes, d'y avoir un abri couvert (*tugurium*) pour remiser le bétail ou les bêtes de somme, d'y presser son raisin, ses olives ou autres fruits, d'y fabriquer, la terre s'y trouvant argileuse et propice, des tuiles, des briques, des amphores ou autres récipients. On connaît ces tuileries ou briqueteries rustiques, ces fours à chaux grossièrement construits avec les pierres calcaires elles-mêmes qui doivent y brûler, d'un si fréquent usage dans les champs du Midi. Les tuiles et les briques serviront à bâtir, la chaux et le sable probablement aussi, quoique susceptibles de quelques autres usages : n'importe, ces servitudes seront rurales. Mais les jurisconsultes romains ont grand soin de faire observer que tous ces services sont limités à l'avantage du fonds dominant; ainsi, la chaux, le sable, la craie, les pierres, les briques,

---

nature des servitudes, est démentie par la loi 15. § 1. (Dig. 8. 1); la seconde, plus ingénieuse, est également démentie par la loi 1. (Dig. 8. 2, et par le § 2. Instituts liv. 4. tit. 6. — (1) Dig. 8. 2. lois 4. 40. 15. 17. § 1, etc.

les tuiles, les échalas doivent être employés pour le fonds dominant lui-même, et non être vendus ou utilisés ailleurs; les amphores ou autres récipients peuvent être exportés, mais seulement comme contenant le vin, l'huile ou autres fruits du fonds, et servant à en tirer parti; pour l'abreuvage, le pacage, le droit de remise (*tugurium*), il faut qu'il s'agisse d'animaux qui vivent sur le fonds pour l'exploitation ou le revenu, ou qui s'y rattachent; quant à l'aqueduc, l'eau ne doit servir qu'au fonds dominant, il ne serait pas permis de la conduire ailleurs ni de la louer; hors de ces conditions, il n'y aurait pas servitude prédiale (1).

Règles générales communes aux servitudes rurales ou urbaines.

III. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.

3. Ces servitudes se nomment *servitudes de fonds*, parce qu'elles ne peuvent exister sans eux. Nul ne peut en effet acquérir une servitude de fonds urbain ou rural s'il n'est propriétaire d'un fonds.

455. Il faut nécessairement pour l'existence d'une servitude prédiale deux fonds, l'un sur lequel, l'autre pour lequel la servitude soit établie; mais ces fonds doivent-ils être voisins? Oui, en général, ce qui toutefois doit s'entendre d'un voisinage suffisant pour que la servitude puisse être exercée. Ainsi les servitudes *immittendi, protegendi*, etc., exigent que les deux fonds soient contigus, tandis qu'il n'en est pas de même des servitudes *itineris, aquæductus, altius non tollendi*, etc. (2).

456. La servitude doit être de quelque utilité ou de quelque agrément pour le fonds dominant. Ainsi mon fonds ne peut avoir sur le vôtre une servitude de passage s'il en est séparé par un terrain intermédiaire qu'on ne peut traverser (3). De même, si ma maison a sur la vôtre une servitude *altius non tollendi*, et qu'on élève entre elles deux des constructions qui les masquent l'une à l'autre, vous devenez libre de bâtir (4). C'est par une raison semblable qu'il ne serait pas possible d'imposer comme servitude à un fonds que le propriétaire n'y viendrait jamais, qu'il n'en cueillerait pas les fruits, car cela ne servirait à rien au fonds dominant (5). Nous voyons même au Digeste que si je stipulais à mon profit le droit d'aller me promener, d'aller prendre mes repas sur votre propriété, ce serait un droit personnel, mais non une servitude prédiale (6).

---

(1) D. 8. 3, *De servit. pr. rust.*, 1 et 3. f. Ulp.; 4. f. Pap.; 5. f. Ulp.; 6. f. Paul.; 24. f. Pomp. On voit par ce dernier fragment que Labéon permettait de louer l'eau de l'acqueduc; mais l'avis contraire de Proculus, seul conforme à la nature des servitudes prédiales, avait prévalu. — (2) D. 8. 3. 5. § 1. f. Ulp. — Dig. 8. 2. 1. f. Paul. — (3) D. 8. 1. 14. § 2. f. Paul. — 39. 3. 17. § 2 et seq. f. Paul. — (4) D. 8. 2. lois 38 et 39. f. Paul. — D. 8. 5. 5. f. Paul. — (5) D. 8. 1. 15. f. Pomp. — (6) D. 8. 1 8. f. Paul.

457. Il faut, en outre, que les servitudes prédiales aient une cause perpétuelle : « Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent », dit Paul (1). Si on cherche quel a pu être, chez les jurisconsultes romains, le fondement de cette maxime, on arrive à cette idée générale, que de même que les services constitutifs de la servitude doivent tourner exclusivement à l'avantage du fonds dominant, de même ils doivent dériver des qualités mêmes du fonds servant; puis à cette autre idée secondaire que ce qui est fait artificiellement et de main d'homme n'a pas une cause perpétuelle : « Neque enim perpetuam causam habet quod manu fit », dit encore Paul dans le même fragment, et dès lors n'est pas une conséquence permanente des qualités naturelles de ce fonds. Si la maxime avait été entendue seulement d'une main d'homme imposée aux propriétaires du fonds servant, de manière à se lier uniquement à cette règle que les servitudes consistent à souffrir, mais non à faire, elle n'aurait rien que de raisonnable; mais les applications beaucoup plus étendues, dérivées de la logique romaine, avaient conduit à des subtilités, dont la plupart, maintenues seulement *jure civili*, avaient dû être corrigées ultérieurement dans la pratique. Les textes nous offrent cette application aux servitudes d'égout ou *stillicidium*, de puisage ou aqueduc et de voie. — Quant aux premières, Paul nous cite en exemple, toujours dans le même fragment, le cas d'une chambre ou salle à manger (*conclave, triclinium*) supérieure à ma propriété, dont le mur est percé d'un orifice au ras du plancher, par lequel s'écoulent chez moi les eaux employées à laver le pavé; il n'y a point là matière à servitude prédiale, parce que la cause, étant *manu facta*, n'est point perpétuelle; à moins que la salle ne fût à ciel ouvert, de manière à recevoir l'eau de la pluie, car, ajoute Paul : « Quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit : et ideo perpetuo fieri existimatur. » Par la même raison le *stillicidium* ou égout des eaux ménagères, venant de ce que nous appelons un *évier*, n'aurait pu former servitude prédiale. — C'est à l'égard des servitudes de puisage ou d'aqueduc que les conséquences de la maxime romaine se présentent nombreuses. Ainsi des services de ce genre ne peuvent exister comme servitudes prédiales en ce qui concerne non-seulement les réservoirs, bassins, pièces ou châteaux d'eau (*castellum*) alimentés artificiellement, non-seulement les citernes, mais même les lacs, étangs ou puits lorsqu'ils ne reçoivent pas une eau vive, et même l'eau puisée mécaniquement par quelque engin hydraulique, tel que ces roues à godets (*per rotam*), mues par quelques bêtes de somme, si en usage dans le Midi, où on les appelle aujourd'hui des *noria*. La subtilité lo

(1) D. 8. 2. *De serv. pr. urb.*, 28. f. Paul.

gique est poussée à son dernier terme lorsque de la maxime romaine on fait sortir cette conclusion que le puisage ou l'aqueduc ne peuvent être établis comme servitudes prédiales qu'autant que l'eau est prise à la source même ou à la tête de son écoulement (*nisi ex capite vel ex fonte*). Ulpien a soin d'expliquer ce qu'on entend par cette tête de l'eau (*caput aquæ*) : la source même, s'il s'agit d'une source; et s'il s'agit d'un fleuve ou d'un lac à eau vive, l'origine même de l'incision ou saignée qui y est faite directement. Une saignée secondaire, faite plus loin, dans les tuyaux ou canaux par où l'eau est conduite, serait considérée comme cause artificielle ne provenant pas de la qualité même du fonds sur lequel passent les tuyaux, et, par conséquent, non perpétuelle. Ulpien nous apprend que, d'après un rescrit d'Antonin, les droits de puisage ou d'aqueduc sur une eau montée par une roue ou venant d'un château d'eau devaient être protégés, bien que ne constituant pas une servitude selon le droit civil; et Paul, après avoir indiqué la règle qui exigeait la prise d'eau *ex fonte* ou *ex capite*, ajoute : « Hodie tamen ex quocumque loco constitui solet (1). » — La même subtilité se retrouve dans la prohibition d'établir une servitude de voie sur un fonds dont on est séparé par un fleuve, lorsque ce fleuve ne peut être traversé ni à gué ni sur un pont, mais seulement au moyen d'un bac (*pontonibus*). Paul, qui donne cet exemple, parle bien ailleurs de la possibilité d'établir une servitude de navigation (*navigandi*) sur un lac d'eau vive (*lacus perpetuus*) pour se rendre à un fonds voisin; mais ici il s'agit d'un lac privé, qui est lui-même le fonds servant, et c'est sa propre qualité naturelle et permanente qui donne matière à la servitude de navigation, comme le sol à celle de passage (2).

458. C'était aussi un principe de droit romain que les servitudes sont indivisibles; nous ne le trouvons exprimé d'une manière générale que par Pomponius, en ces termes : « *Servitutes dividi non possunt,* » et en ceux-ci, moins exacts : « *Usus earum indivisus est;* » mais nous en voyons l'application dans un grand nombre de textes.

La conséquence la plus saillante et la plus uniformément reproduite par les jurisconsultes, c'est qu'elles ne peuvent ni s'imposer, ni s'acquérir, ni se remettre, ni se déduire en obligation, par conséquent ni se léguer, ni se révoquer (*neque imponi, neque acquiri, neque remitti, neque in obligationem deduci, neque legari, neque adimi*) pour partie, c'est-à-dire pour une part aliquote, la moitié, le tiers, le quart, soit du fonds servant, soit du fonds dominant. Mais s'il s'agit d'une partie ma-

(1) D. 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 9. f. Paul. — 8. 4, *Communia*, 2. f. Ulp. — 43. 20. — *De aq. quot. et æst.*, 1. § 5 à 8. f. Ulp. — 43 22, *De fonte*, 1. § 4. f. Ulp. — (2) D. 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 23. § 1, et 38. f. Paul.

tériellement déterminée et distincte, telle région ou telle autre, tous ces actes peuvent avoir lieu : « Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest, » dit un fragment de Paul; car, fait observer Ulpien, ce n'est point là une fraction aliquote d'un fonds, c'est un fonds (*quia non est pars fundi, sed fundus*) (1). — Les cas susceptibles de se présenter le plus fréquemment dans la pratique sont les suivants : Si celui qui a stipulé ou qui a promis une servitude meurt, laissant plusieurs héritiers, l'action pour faire constituer la servitude est donnée pour la totalité à chacun ou contre chacun des héritiers : telle est la décision de Pomponius, tandis qu'un texte de Paul semblerait indiquer qu'à son avis la stipulation devenait alors inutile (2). Si celui qui a stipulé une servitude, avant que cette servitude ait été constituée, aliène une partie indivise de son fonds, la stipulation, tombant ainsi dans une situation où elle n'aurait pas pu commencer, se trouve viciée et rompue (*corrumpit stipulationem*) (3). Le propriétaire, en aliénant une part indivise de son fonds, ne peut imposer sur cette part indivise une servitude, tandis qu'il le pourrait fort bien si c'était une part divise (*certa*) (4). Les autres exemples se rapportent généralement au cas où un fonds appartient à plusieurs en commun par indivis. Nul d'entre eux ne peut stipuler, promettre, établir ou éteindre une servitude quant au fonds commun. De tels actes seraient nuls : « *nihil agit* », disent les textes. Il faudrait, quant à une stipulation, par exemple, qu'elle fût faite par eux tous ou par un esclave commun. De même en cas d'*in jure cessio,* de tradition, l'acte, pour établir la servitude, doit être fait par eux tous. Cependant il avait été reçu *benignius,* que, faits séparément par chacun des communistes, le dernier acte confirmerait et validerait tous les autres, comme s'ils avaient eu lieu ensemble à ce dernier moment (5).

Les décisions seraient autres s'il s'agissait de retenir une servitude déjà établie, la règle étant, au contraire, qu'une servitude peut se retenir pour une part ou sur une part indivise d'un fonds : « *Pro parte servitutes retineri placet* », dit Papinien ; et Paul, après lui : « *Pro parte servitus retinetur.* » En effet, lorsque le propriétaire, soit du fonds dominant, soit du fonds servant, aliène une part indivise de son fonds, ou meurt laissant plusieurs héritiers, quelle raison y aurait-il là d'éteindre les servitudes existantes? L'exemple moins simple qui suit est plus curieux : propriétaire d'un fonds dominant, j'acquiers d'une manière quelconque une part indivise du fonds servant, ou réci-

(1) D. 8. 1, *De serv.*, 6. f. Paul. — 8. 4, *Communia*, 6. § 1. f. Ulp. — (2) 8. 1. 17. f. Pomp. — 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 19. f. Paul. — (3) D. 8. 1, *De serv.*, 11. f. Modest. — (4) D. 8. 4, *Commun.*, 6. § 1. f. Ulp. — (5) D. 8. 1, *De serv.*, 2. f. Ulp. — 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 11. f. Cels.; 19. f. Paul.; 34. f. Papin. — 8. 4, *Commun.* 6. § 2. f. Ulp.; 18.; f. Paul.

proquement en sens inverse : la part qui continue à me rester étrangère suffit pour empêcher la confusion et pour faire retenir la servitude (*non confundi servitutem placet; manebit servitus*) (1).

459. L'indivisibilité des servitudes n'empêche pas que le droit ne puisse être limité dans son usage, soit quant au temps, soit quant au lieu, soit quant au mode (2). — Cette indivisibilité ne peut pas faire dire de la servitude, au même degré que de l'hypothèque : « *Est tota in toto et in qualibet parte* » ; il va sans dire qu'ici commande la nature des choses. Ainsi, le puisage, l'abreuvage, le droit d'extraire des pierres, de la craie, ne peut s'exercer que là où se trouvent l'eau, les pierres, la craie; l'appui de la poutre ou des constructions que sur les parties qui peuvent y servir; le *stillicidium* ne menace que la superficie ou le sol sur lesquels l'eau peut tomber et prendre ensuite son écoulement : si elle tombe sur un champ, sur une cour, et que le propriétaire du fonds servant y bâtisse, la chute se fera sur le bâtiment nouveau, et celui-ci ne pourra être élevé au-dessus du point de départ du *stillicidium* de manière à y faire obstacle (3). Mais partout où la nature des choses le permettra et où l'acte constitutif des servitudes n'y apportera pas de restriction spéciale, l'étendue générale de la servitude reprendra son empire. Ainsi, Celse parle d'une *via* léguée ou cédée *simplicius*, c'est-à-dire sans restriction; et Javolénus, d'un *iter* ou d'un *actus* établis généralement *sine ulla determinatione :* la servitude pèse sur tout le fonds, et elle pourrait même s'exercer partout, mais cela d'après le droit civil seulement (*civiliter modo*); en fait, le lieu où elle s'exercera devra être fixé, et ne pourra plus être changé sans motif. Que si l'établissement de la servitude porte expressément qu'il sera loisible de passer sur tout le fonds, chaque glèbe, pour une servitude ainsi diffuse (*quæ ita diffusa est*), est asservie à l'exercice lui-même (*ut omnes glebæ serviant*) (4). — Les effets de l'indivisibilité, quant au fonds dominant, sont moins souvent contrariés par la nature des choses; l'exemple suivant, donné par Pomponius, s'y rapporte, et l'on en pourrait citer plusieurs autres : Si je vends une partie déterminée (*partem certam*) d'un fonds au profit duquel existe un droit d'aqueduc, la servitude suit cette partie, et l'usage de l'eau doit se partager proportionnellement à la mesure des champs, sans tenir compte ni de la bonté du terrain, ni de ce qu'auparavant l'eau était employée exclusivement sur la partie que j'ai retenue, et qui est la plus précieuse (5).

(1) D. 8. 1, *De serv.*, 8. § 1. f. Paul. — 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 30. § 1. f. Paul. — 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 34. f. Papin. — 10. 3, *Comm. divid.*, 19. § 4. f. Paul. — (2) D. 8. 1, *De serv.*, 4. § 1 et 2. f. Papin., et 5. § 4. f. Gai. — 10. 3, *Comm. divid.*, 19. § 4. f Paul. — (3) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 20. § 3 et 6. f. Paul. — (4) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 9. f. Cels. — 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 13. § 1. f. Javol. — (5) *Ibid.*, 25. f. Pomp.

Règles de droit différentes entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines.

460. La plus ancienne différence est celle qui avait érigé les servitudes rurales en *res mancipi*, tandis que les servitudes urbaines restaient *nec mancipi* (ci-dess., n° 449). Nous n'y reviendrons pas.

La jurisprudence en avait introduit une seconde : c'est que les servitudes rurales pouvaient être données en gage ou en hypothèque, tandis que les servitudes urbaines ne le pouvaient pas. « Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint », dit Marcien; et Paul explique, au contraire, dans quel sens il est possible d'affecter au payement d'une dette des servitudes *viæ, itineris, actus, aquæductus :* — A titre de gage, en livrant au créancier, propriétaire d'un fonds voisin, la quasi-possession d'un tel droit, avec faculté d'en user pour sa sûreté, et, faute de payement dans le délai fixé, de faire vendre la servitude pour être payé sur le prix; — A titre d'hypothèque, par la simple convention d'un tel droit, pour le créancier, de faire vendre, faute de payement, telle servitude. Il n'était pas nécessaire pour l'hypothèque, comme il l'était pour le gage, que le créancier fût propriétaire d'un fonds voisin, puisqu'il n'y avait pas alors de quasi-possession à lui donner. Cette différence entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales s'explique par cette considération qu'à l'égard de celles-ci il serait moins difficile de trouver, entre les divers propriétaires voisins, un amateur pour l'achat de la servitude (1).

Les autres différences très-importantes qui se sont accentuées par le progrès de la jurisprudence classique, ont trait à la quasi-possession des servitudes et aux conséquences à en déduire pour leur extinction.

Établissement des servitudes.

461. Nous noterons dès l'abord deux points à distinguer : — 1° La servitude qui n'est encore que due, objet seulement d'un droit de créance, et la servitude réellement établie, existant comme droit réel : dans ce dernier cas, servitude véritable; dans l'autre, obligation. — 2° La servitude établie d'après le droit civil (*jure civili*), et celle qui n'est garantie que par la protection du préteur (*jure prætorio, tuitione prætoris*).

462. Dans le droit anté-justinien, les servitudes, pour être établies *jure civili,* devaient l'être par un mode d'acquérir du droit civil; à la différence de ce qui avait lieu pour la propriété, les modes du droit des gens n'y étaient pas admis : c'est un principe qui se trouve formulé par Paul, dans un des Fragments du

(1) D. 20. 1, *De pign. et hyp.*, 11. § 3. f. Marcian, et 12. f. Paul.

Vatican (1). Or si nous suivons la nomenclature des modes d'acquérir du droit civil, indiquée ci-dessus, n° 314 et suiv., nous trouverons à l'égard des servitudes :

La *mancipatio* pour celles qui étaient rurales, et l'*in jure cessio* pour les unes comme pour les autres. — En mancipant ou en cédant *in jure* un fonds, on pouvait aussi, au moyen des paroles qui devraient être prononcées par l'acquéreur dans ces actes (*Fragm. Vatic.*, § 50), se réserver sur ce fonds, au profit d'un autre dont on était propriétaire, une servitude soit rurale, soit urbaine (*servitutem deducere, distrahere, excipere*). Dans les cas précédents on dit que la servitude est établie *per translationem*, et dans celui-ci *per deductionem*. — Mais si cette déduction avait été faite dans une tradition, ce mode d'acquérir étant du droit des gens et non du droit civil, la servitude n'aurait pas été établie *jure civili;* il aurait fallu des secours prétoriens pour la protéger (*Fragm. du Vatic.* précité).

L'*usucapio* du droit civil, avec son délai de deux ans, a été, dans un très-ancien droit, appliquée à l'acquisition des servitudes, puisqu'un fragment de Paul nous apprend qu'elle fut supprimée par une loi SCRIBONIA : « Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat (2). » C'est là tout ce que nous savons sur cette loi Scribonia, dont il n'est question nulle autre part, et qu'on place, par des conjectures tirées du nom qu'elle porte, sous le triumvirat d'Antoine, d'Octave et de Lépide. Comme dans cet ancien droit la quasi-possession ou la quasi-tradition des servitudes, en qualité de choses incorporelles, n'était pas reconnue, que Labéon la contestait encore (3), et que l'idée n'en a été pleinement admise qu'avec le progrès de l'édit des préteurs et de la jurisprudence, on est autorisé à penser que cette usucapion antérieure à la loi Scribonia s'appliquait uniquement aux servitudes dont on peut dire, suivant les expressions de Paul : « *quasi quodam facto possideo* », lesquelles se trouvent principalement parmi les servitudes urbaines, comme le *stillicidium*, la poutre appuyée sur l'édifice du voisin, la fenêtre ouverte dans son mur pour avoir du jour. Pour celles-là même, comme pour toutes les autres, les jurisconsultes, à partir de la loi Scribonia, s'accordent à dire, en droit civil : « *usucapionem non recipiunt* (4). » Ce sont des moyens prétoriens qui ont protégé les longues quasi-possessions de servitudes. Mais on pouvait, en usucapant un fonds, en acquérir les servitudes actives (5).

L'*adjudicatio*, lorsque le juge, dans l'action en partage d'une

(1) FRAGM. VATIC., § 47 : « Civili enim actione constitui potest, non traditione, quæ juris gentium est. » Paul, ici, parle de l'usufruit; mais le principe pour les servitudes était le même. — (2) D. 41. 3, *De usurp.*, 4. § 29. f. Paul. — (3) D. 8. 1, *De serv.*, 20. f. Javol. — (4) *Ibid.*, 14. pr., f. Paul. — 41. 1, *De adquir.*, 43. § 1. f. Gai. : « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. » — (5) D. 41. 1. 4. 43. § 1. f. Ulp.

hérédité (*familiæ erciscundæ*) ou d'une chose commune (*communi dividundo*), trouvait à propos, en adjugeant à chacun son lot, d'établir, quant aux fonds ou aux parties de fonds qu'il faisait entrer dans des lots différents, une servitude sur l'un au profit d'un autre (1); mais il fallait pour que la servitude fût établie *jure civili*, que l'instance fût au nombre de celles qui se qualifiaient de *judicia legitima;* « *judicio legitimo* », dit Paul dans le § 47 précité des Fragments du Vatican. Adjugée dans une autre instance, la servitude n'aurait existé que *tuitione prætoris*.

Enfin, en prenant le dernier terme de la nomenclature d'Ulpien, se présente la *lex*, c'est-à-dire principalement le legs (ci-dess., n° 320); et nous retrouvons ici les différences entre les legs qui transfèrent un droit réel (*per vindicationem*), et ceux qui ne font qu'obliger l'héritier (*per damnationem*); par les premiers la servitude se trouvait directement établie; par les seconds, ou par fidéicommis, il n'y avait encore qu'une obligation pour l'héritier de l'établir (2). — Le testateur pouvait aussi, en léguant un fonds, faire la déduction d'une servitude au profit d'un autre fonds restant à l'héritier. Si un pareil legs était fait *per vindicationem*, la servitude retenue se trouvait ainsi établie; s'il était fait *per damnationem*, l'héritier était en droit d'en faire la retenue dans l'acte par lequel il transmettait au légataire la propriété du fonds (3).

463. De ces modes d'établissement des servitudes *jure civili*, il faut passer à ceux qui les établissaient *jure prætorio*.

Dans les cas de stipulations de servitudes, dont les textes parlent fréquemment, de vente, de legs *per damnationem*, ou de toute autre cause obligatoire, il n'y avait pas servitude constituée, mais obligation de la constituer. Si dans cette situation, ou bien par libéralité, voulant en faire donation, le propriétaire du fonds destiné à être servant, sans recourir à un moyen civil d'établir la servitude, en permettait, de fait, l'exercice, cet usage de la servitude d'une part et cette *patientia* de l'autre équivaudraient-ils à une sorte de tradition, et quelles conséquences entraînerait cette quasi-tradition? Labéon, au temps d'Auguste, la niait encore, et il conseillait de prendre, dans le contrat d'achat, des sûretés qu'il ne serait pas apporté d'obstacle à cet exercice : « *Quia nulla ejus modi juris vacua traditio esset;* » Javolénus, au temps de Trajan, exprimait déjà l'opinion contraire : « *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum*

(1) D. 10. 2, *Famil. ercisc.*, 22. § 3. f. Ulp. — 10. 3, *Comm. divid.*, 7. § 1. f. Ulp. — (2) PAUL. *Sentent.*, 3. 6. § 17. — D. 33. 3, *De servitute legata*. — (3) La difficulté particulière qui se présentait dans l'espèce citée par Pomponius (D. 7. 1, *De usuf.*, 19) tenait à ce qu'ici ce n'était pas la propriété entière du fonds, mais seulement l'usufruit qui était légué; de là le biais qu'on était obligé de prendre.

esse, » et un siècle après lui, Ulpien posait ce principe alors incontesté : « *Traditio plane et patientia servitutum inducet officium prætoris.* » La servitude, par suite d'une semblable quasi-tradition, sera donc reconnue et protégée *jure prætorio* (1).

De même si, propriétaire de deux fonds, en faisant tradition de l'un, il était convenu que l'immeuble livré devrait telle servitude à celui que je retiens, ou réciproquement que ce dernier devra telle servitude à l'immeuble livré : ce pacte, joint ainsi à la tradition du fonds, avait été admis comme pouvant établir la servitude *jure prætorio*; tandis que s'il n'avait été inséré que dans le contrat de vente, sans être renouvelé par la tradition, il n'en résulterait qu'une obligation, sanctionnée par les actions personnelles nées du contrat, pour faire exécuter le pacte (2).

Enfin, tandis que l'*usucapion* du droit civil, avec son délai, si court, de deux ans, demeurait supprimée pour toute servitude quelconque depuis la loi Scribonia, le droit prétorien en protégea, par des interdits, par des actions utiles, les longs usages. Quelles étaient les conditions pour cette protection? Au milieu du vague et des divergences des textes, il est difficile de le déterminer. Deux dispositions qui paraissent générales se rencontrent en deux rescripts d'Antonin : « Qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet : modo si is qui pulsatur nec vi, nec clam, nec precario possidet (an 212). » — « Servitutem *exemplo rerum immobilium* tempore quæsisti. Quod si *ante id spatium* ejus usus tibi interdictus est..... etc. (an 216) (3). » Ces dernières expressions surtout autorisent à conclure qu'il s'agit du même délai et des mêmes conditions que pour la prescription *longi temporis*, admise, en droit prétorien, à l'égard des immeubles, c'est-à-dire dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Ce serait la solution la plus claire. Mais les nombreux textes relatifs à ce sujet emploient dans un sens qui ne paraît vouloir rien préciser les expressions de *vetustas, usus vetus, longa consuetudo, qui diu usus est*, Pomponius parle même d'un usage *cujus origo memoriam excessit* (4); et comme conditions, outre le laps de temps, les textes n'indiquent que celle-ci, que la possession ait eu lieu *nec vi, nec clam, nec precario*; sans jamais dire un mot de la juste cause (*justus titulus*) exigée pour la prescription *longi temporis* des immeubles. Enfin si l'on examine à propos de quelles servitudes ont été écrits ces textes, on en trouve en tout, six pour l'aqueduc, un pour le *iter*,

(1) D. 8. 1, *De serv.*, 20. f. Javol. — 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 1. § 2. f. Ulp. — (2) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 35. f. Marcian. — 8. 4, *Comm.*, 6. pr. f. Ulp. Ces textes, au lieu de *traditio*, ne parlaient-ils pas, dans leur éta primitif, de *mancipatio* ou d'*in jure cessio?* C'est probable ; la servitude aurai alors été constituée *jure civili*. — (3) C. 3. 34, *De servit.*, 1 et 2, Anton. — (4) D. 43. 20, *De aq. quot.*, 3. § 4. f. Pomp. : « Ductus aquæ, cujus orige memoriam excessit, jure constituti loco habetur. »

et un pour le *jus ne luminibus officiatur* (1). La grande préoccupation dans ces sortes d'affaires, chez les Romains, a été l'aqueduc. Comment y verrions-nous clair : la *præscriptio longi temporis* est un sujet sur lequel Justinien déclare qu'il y avait plusieurs sortes d'ambiguïtés entre les anciens (*tres emergebant veteribus ambiguitates*), et qu'il a voulu régler par une décision spéciale (2)?

On peut appliquer généralement à tous les cas où intervient la protection prétorienne cette observation d'Ulpien, qu'il y a alors une quasi-servitude : « Est ista quasi-servitus, in quam rem, utilem actionem habemus, vel interdictum (3). »

464. Sur le sol provincial ce n'était que par cette protection prétorienne qu'il existait des quasi-servitudes, puisque ce sol, appartenant en principe abstrait au peuple ou à César, n'était susceptible ni de véritable domaine privé, ni de véritables servitudes selon le droit civil; mais au moyen de cette protection, les legs, l'adjudication, les pactes insérés dans la tradition des fonds, les quasi-traditions ou exercices du droit, les quasi-possessions de longue durée, y fonctionnaient d'une manière analogue à celle que nous venons d'exposer.

Ni la *mancipatio* ni l'*in jure cessio* ne pouvant y être appliquées, Gaius indique comme moyen d'y suppléer l'emploi de pactes et de stipulations : « In provincialibus prædiis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi aquamve ducendi.... cæteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt (4). » Le pacte contient la convention de la servitude; la stipulation est celle d'une somme de tant, que le propriétaire du fonds destiné à servir s'oblige à payer, à titre de peine, s'il met obstacle à l'exercice : ainsi l'explique Théophile dans sa paraphrase. Le pacte se trouve dès lors garanti par une action civile qui lui sert de sanction. En conséquence de ces actes et de l'obligation pénale qui en résulte, l'exercice commence probablement sans obstacle, et cette quasi-possession d'une part, quasi-tradition de l'autre, du moment qu'elle a eu lieu, constitue l'établissement de la servitude comme droit réel prétorien, laquelle sera dès lors protégée par la *vindicatio* ou *confessoria utilis*, par la publicienne et par les interdits.

Nous partageons fermement l'avis de ceux qui pensent qu'avant

---

(1) *Pour l'aqueduc :* C. Theod. 15. 2, *De aquæductu*, 7. Arcad. et Honor. Il s'agit ici d'aqueduc pris sur des eaux publiques. — D. 8. 5, *Quemadm. serv. amitt.*, 10. f. Ulp. — 39. 3, *De aq. et aq. pluv.*, 1. § 23. f. Ulp. et 26. f. Scæv. — Plus le fragment de Pomponius et la constitution 2 d'Antonin, précités. — *Pour le iter :* D. 43. 19, *De itin. actuque*, 5. § 3. f. Ulp. — *Pour le jus ne luminibus officiatur :* la constitution 1 d'Antonin, précitée. — (2) C. 7. 33, *De præscr. long. temp.*, 12, *Justinian.* — (3) D. 39. 3, *De aq. et aq. pluv.*, 1. § 23. f. Ulp. — (4) Gaius, 2. § 31.

ce commencement d'exercice ou usage de la servitude, aucun droit réel, même aux yeux du préteur, n'existait encore, que la *vindicatio* ou *confessoria utilis* n'était pas encore donnée, et que les pactes et les stipulations, ici comme ailleurs, ne produisaient que des obligations. — Nous le décidons ainsi, parce que nous ne voyons aucune exception qui ait interverti pour le sol provincial, en fait de servitude, la nature des pactes et des stipulations, et dérogé à cette règle nettement exprimée par Paul : « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut *servitutem nostram* faciat ; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum (1). » Nous en trouvons la preuve immédiate, précisément dans cette précaution de faire stipuler une peine pour le cas où il serait mis obstacle à l'exercice de la servitude convenue : ce qui aurait été superflu si la servitude avait existé comme droit réel par le fait seul du pacte ou du contrat. Cette stipulation de peine était la précaution que conseillait déjà Labéon dans l'hypothèse d'une vente de servitude (ci-dess., nº 463), parce qu'il n'admettait pas encore, à son époque, de quasi-tradition pour cette sorte de droit (2) ; et Pomponius répétait plus tard, pour le même motif, le même conseil (3). Il n'y avait là qu'une précaution communément employée en diverses conjonctures dans lesquelles il s'agissait d'assurer un résultat qui n'aurait pas été obtenu sans cela : on peut en voir un autre exemple aux Instituts (3, 19, § 19). Gaius, en l'indiquant pour l'établissement conventionnel des servitudes quant aux fonds provinciaux, ne fait qu'appliquer à cet établissement un procédé usuel. — Il n'y a rien à conclure en faveur de la prétendue création d'un droit réel, de cette expression générale *jura constituere*, car Gaius, dans le même fragment, s'en sert pour un cas où, sans conteste, il n'existait encore qu'une obligation (4). — A l'égard des servitudes *négatives*, comme il est difficile de concevoir une quasi-tradition ou quasi-possession, on est restreint, à moins d'actes d'opposition qui auraient constitué, en fait, une sorte d'exercice

(1) D. 44. 7. *De oblig*. 3. pr. f. Paul. — (2) D. 8. 1. *De servit*. 20. f. Javol. : « Quotiens via aut aliquot jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, *per te non fieri quo-minus eo jure uti possit :* quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. » — (3) D. 19. 1. *De act. empt*. 3. § 2. f. Pomp. : « Si iter, actum, viam, aquæductum per tuum fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla est : itaque cavere debes, *per te non fieri quo-minus utar*. » — (4) D. 7. 1. *De usufructu*. 3. pr. Gai. : « Omnium prædiorum, jure legati potest *constitui* ususfructus, ut heres jubeatur (legs *per damnationem*) dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti-frui. Et sine testamento [autem] si quis velit usumfructum *constituere*, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. » — Rapportez ici cette constitution d'Alexandre, dont Cujas a donné des explications si peu naturelles, C. 3, 34, *De servitut.*, 3 : « Et in provinciali prædio constitui servitus aquæductus, vel aliæ servitutes possunt : si ita præcesserint quæ servitutes constituunt (c'est-à-dire la quasi-tradition) ; tueri enim placita inter contrahentes debent. »

du droit, et qui formeraient précédent, à l'action personnelle et à la sanction pénale résultant des pactes et stipulations (1).

465. Tout ce qui précède nous conduit au droit de Justinien. A cette époque la *mancipatio*, l'*in jure cessio* n'existent plus ; la tradition est devenue pour toutes les choses corporelles un moyen d'en transférer la propriété ; tout le sol de l'empire participe au même droit, sans distinction entre le sol italique et le sol provincial ; il n'y a plus de distinction entre les legs *per vindicationem* ou *per damnationem*, sauf les effets commandés par la nature des choses léguées ; il n'y en a plus entre le domaine *ex jure Quiritium* et la propriété secondaire *in bonis*; enfin les établissements de servitudes *jure civili* ou *jure prætorio* se sont confondus, à l'exception de quelques cas particuliers exceptionnels, comme celui où dans cet établissement figuraient des personnes n'ayant sur l'un ou l'autre des fonds qu'un droit d'emphytéose ou de superficie. De là une grande simplification dans les modes de constitution des servitudes, modes dont le paragraphe qui suit ne donne qu'une énumération fort incomplète.

IV. Si quis velit vicino aliquod *jus constituere*, *pactionibus atque stipulationibus* id efficere debet. Potest etiam *in testamento* quis heredem suum damnare ne altius tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat ; vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere ; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

4. Si quelqu'un veut *constituer un droit de servitude* au profit du voisin, il doit le faire *par des pactes et des stipulations*. On peut aussi *par testament* condamner son héritier à ne pas élever plus haut, à ne pas nuire aux jours du voisin ; à supporter la charge de ses poutres ; à le laisser jouir d'un droit d'égout, de passage, de conduite, d'aqueduc.

466. Les *pactes et stipulations*, auxquels renvoie notre paragraphe, doivent être entendus, sous Justinien, pour tout le sol de l'empire, comme ils l'étaient jadis pour le sol provincial : le droit réel n'est produit, à la suite de ces actes, que lorsqu'il y a eu quasi-tradition (2). Cela ressort du grand nombre de textes insérés au Digeste, qui montrent toujours subsistante la grande distinction entre la servitude *due* et la servitude établie *réellement*. Nous nous bornerons à renvoyer, sur ce point, aux deux exemples cités n°s 458 et 463 ; on y voit deux conséquences du principe, qui ne manquent pas d'importance ; mais le grand intérêt pratique gît au cas d'aliénation du fonds servant, lequel passe dans les mains de l'acquéreur grevé, ou non grevé de la servitude suivant que celle-ci était déjà établie réellement, ou due seulement : sauf, dans ce dernier cas, l'action personnelle du créancier de la servitude contre celui qui la lui avait promise. Un texte d'Ulpien signale, il est vrai, l'usufruitier comme obligé de res-

(1) Voir, dans ce sens, le rescrit précité (C. 3. 34, *De servit.* 1), qui applique à un droit *ne luminibus officiatur* la *longi temporis consuetudo*. — (2) En sens contraire, M. MAYNZ (*Droit romain*, tom. I, § 226).

pecter, non-seulement la servitude déjà établie (*imposita*), mais même la simple stipulation de servitude; la raison en est que l'usufruitier doit jouir (*boni viri arbitratu*) comme l'aurait fait le propriétaire lui-même : et la suite du texte le montre ostensiblement par un autre exemple (1). Il confirme donc, loin de le contredire, notre principe.

Aux *pactes et stipulations*, entendus suivant ce que nous venons d'expliquer; au *testament*, dans lequel les legs n'ont plus à être distingués les uns des autres sous le rapport de la forme, il faut ajouter, comme moyens d'établissement sous Justinien : la *quasi-tradition* des servitudes, les *pactes* insérés dans la *tradition* de l'un des fonds, l'*adjudication* et la prescription *longi temporis*. Pour celle-ci il n'y a plus de doute, à cette époque, que le temps prescrit est celui de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, dans les cas où la possession a eu une bonne origine (*ut bono initio possessionem teneatis*); et par cette bonne origine il faut entendre la double condition d'une juste cause et de la bonne foi. Cela résulte des dispositions d'une constitution qui étend formellement aux servitudes les mêmes règles à ce sujet que celles concernant la propriété : « Eodem observando, etsi res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus, et cæteræ servitutes (2). »

Des textes nous montrent que les jurisconsultes romains n'avaient pas admis comme moyen d'établir des servitudes ce que nous nommons dans notre droit la destination du père de famille (3), à moins que le service à retirer d'un fonds pour l'autre ne se présentât comme une conséquence pour ainsi dire forcée de la disposition même des lieux (4).

Extinction des servitudes.

467. Cette extinction opère un retour à la liberté naturelle des propriétés les unes à l'égard des autres. Elle a lieu :

1° Par la perte, la destruction de l'un des fonds, dominant ou servant, ou par une altération telle que l'existence de la servitude en devienne impossible, comme si l'édifice est abattu, le terrain emporté, envahi par les eaux. Si l'édifice est reconstruit, si l'eau se retire et rend le terrain à son usage, les servitudes renaissent, à moins que, dans l'intervalle, les conditions voulues pour leur extinction par usucapion se soient accomplies, telles que nous

---

(1) D. 7. 1. *De usufr.* 27. § 4. f. Ulp. : « Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere : unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum. — § 5 : ..... alioquin non boni viri arbitratu utitur fruitur. » — (2) C. 7. 33, *De præscriptione longi temporis decem vel viginti annorum*, 12, Justinian. — (3) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 30, pr. f. Paul, et 41. f. Scævol. — 8. 4, *Commun.*, 10, f. Ulp. — (4) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 10. f. Marcell. — 33. 3, *De serv. legat.*, 1. f. Julian. — 39. 2, *De damn. inf.*, 47. f. Nerat.

allons les exposer pour les diverses classes de servitudes. Encore voyons-nous Javolénus, par une interprétation équitable, décider, au sujet d'une servitude de passage, que le propriétaire du fonds servant devra être contraint de renouveler la servitude ainsi éteinte par suite de l'envahissement des eaux (1).

2° Par la confusion, si la même personne devient en entier propriétaire des deux fonds. La règle « *Nemini res sua servit* » fait évanouir dans ce cas la servitude : « Servitutes prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit (2). » Nous disons *en entier*, car s'il n'avait acquis qu'une part indivise nous savons qu'on appliquerait l'adage « Pro parte servitus retinetur », (ci-dess., n° 458). — Il est des cas où la servitude, après la confusion opérée, devrait être rétablie si les fonds étaient séparés de nouveau, tel serait celui où l'héritier aurait vendu à autrui l'hérédité cause de la confusion (3).

3° Par la renonciation ou la remise expresse ou tacite que ferait le propriétaire du fonds dominant. Cette remise se faisait jadis conventionnellement par l'*in jure cessio* (4); nous croyons aussi que la *mancipatio* aurait pu y servir pour des servitudes rurales. La remise pouvait avoir lieu également par testament. Si elle a eu lieu par simple pacte, le propriétaire qui voudrait, au mépris de ce pacte, exercer la servitude serait repoussé par voie d'exception; mais si le pacte a été suivi d'actes qui en étaient comme l'exécution, ou si même sans pacte préalable j'ai autorisé de pareils actes, par exemple ceux de boucher les jours, d'élever plus haut, de bâtir un édifice venant masquer le *stillicidium*, de couvrir de constructions tout le terrain où j'avais le droit de passer, la servitude sera éteinte : « Quod si donationis causa permiseris, dit Papinien, servitus donatione tollitur (5). »

4° Par le non-usage (*non utendo*) ou par l'usucapion de la liberté (*usucapio libertatis*), suivant l'espèce de servitude dont il s'agit. — Paul, dans le seul passage, à notre connaissance, où il soit question de la loi SCRIBONIA, fait observer que cette loi a supprimé l'usucapion qui avait pour but d'établir des servitudes, mais non celle qui a pour but de les éteindre : « Eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat; non etiam eam quæ libertatem præstat, sublata servitute (6). » En conséquence, jusqu'aux innovations faites par Justinien, c'est le délai de deux ans qui a suffi sur les fonds italiques pour éteindre

---

(1) D. 8. 2, *De serv. pr. urb.*, 20. § 2. f. Paul; et 31. f. Paul. — 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 13, pr. f. Javol. — 8. 5, *Si serv. vind.*, 6, pr. f. Ulp. — 8. 6, *Quemad. serv. amitt.*, 14, pr. f. Javol. — (2) D. 8. 6, *Quemad. serv. amitt.*, 1. f. Gai. — (3) D. 8. 4, *Commun.*, 9. f. Pomp. — (4) PAUL. *Sentent.*, III, 6. 32. — D. 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 20. f. Pomp. — (5) D. 8. 1, *De serv.*, 14. § 1. f. Paul. — 8. 4, *Commun.*, 17. f. Papin. — 8. 6, *Quemad. serv. amitt.*, 8, pr. f. Paul. — 44. 4, *De dol. except.*, 4. § 12, f. Ulp. — (6) D. 41. 3, *De usurpat.*, 4. § 29. f. Paul.

par usucapion les servitudes prédiales. — Mais ici se présente avec son importance majeure la classification en servitudes rurales et servitudes urbaines. — Les servitudes rurales ayant besoin, pour la plupart, du fait actuel de l'homme pour être exercées, se trouvaient éteintes par l'usucapion de deux ans si ce délai s'était écoulé sans que ni propriétaire, ni fermier, ni personne eût usé de la servitude (*non utendo pereunt*). — Les servitudes urbaines, au contraire, étant, pour la plupart, des servitudes dont l'usage est permanent, puisqu'il résulte de la disposition même des lieux et des constructions, de telle sorte qu'il ne cesse que si cette disposition est changée dans un sens qui y fasse obstacle, les jurisconsultes romains en avaient conclu que, pour que l'usucapion commençât, il était nécessaire que le propriétaire du fonds servant eût fait quelque acte opérant un changement pareil. En même temps que cessait l'usage de la servitude, il fallait qu'on pût dire que le voisin conquérait sa liberté : « Sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiebat. » L'acte modificatif devait être son œuvre même. Le propriétaire du fonds dominant avait-il, par exemple, dans la servitude *tigni immittendi*, retiré la poutre, il fallait, dit Gaius, que le propriétaire du fonds servant eût fait boucher l'ouverture d'où elle avait été extraite. De même, au rapport d'Ulpien, dans la servitude *ne luminibus officiatur*, entre deux maisons séparées par une troisième qui n'y était pas assujettie, il ne suffisait pas que cette maison intermédiaire eût été exhaussée de manière à faire obstacle à l'usage de la servitude : il fallait que le propriétaire du fonds servant eût alors élevé son édifice (*si ædificavero*). « Si nihil novi fecerit, servitus retinetur. » C'est en ce sens que Paul a dit de ces servitudes : « *Possessione retinentur.* » Ainsi, par un seul fait négatif, ne pas user, quant aux servitudes rurales; par un fait actif, se remettre en possession de la liberté, quant aux servitudes urbaines : l'état primitif de liberté recommençait de fait pour le fonds servant, et, dès lors, y donnait ouverture à l'usucapion affranchissante, dont le délai était de deux ans. Voilà, dans l'hypothèse des servitudes urbaines, ce qui se nommait *usucapio libertatis* (1).

Le point défectueux de cette doctrine venait de ce que la classification en servitudes rurales ou urbaines ne répondait pas toujours exactement au caractère de discontinuité ou de continuité dont il y était question. Soit qu'on les détermine par simple énumération, soit par la formule plus générale de Paul, *quæ in solo, quæ in superficie consistunt,* il en est plusieurs dont le caractère se présentait en sens inverse. Il fallait alors que la jurisprudence pratique, pour se mettre en accord avec les faits, déviât de la doctrine. Dans la servitude d'aqueduc, par exemple, ce que les

(1) D. 8. 2, *De servit. præd. urb.*, 6. f. Gai. et 20, pr. f. Paul. — 8. 5. *Si servit. vind.*, 6, pr. f. Ulp. — 8. 6, *Quemadm. serv. amitt.*, 18. § 2. f. Paul.

jurisconsultes romains avaient considéré comme l'élément essentiel, c'était le passage de l'eau, de même que dans les servitudes de *iter, actus* ou *via* le passage des personnes. Les rigoles, les tuyaux, les canaux en maçonnerie, les aqueducs élevés en arcades n'étaient considérés que comme les instruments de la servitude, de même que les portes, les chemins ou les voies tracés et munis, les degrés, les ponts ou même les viaducs dans les diverses servitudes de passage. Ces instruments avaient beau être assis en permanence, d'une manière continue, sur le fonds grevé, si l'eau, si les personnes n'avaient pas passé, ces servitudes périssaient *non utendo,* sans nécessité d'un acte contraire, d'une *usucapio libertatis* (1). Rien à redire s'il s'agissait d'eaux à aller dériver de la source et faire entrer dans les rigoles ou canaux en des saisons, jours ou heures déterminés, puisqu'alors le fait de l'homme, à chaque fois, était nécessaire à l'exercice de la servitude. Mais s'il s'agissait d'une eau se déversant d'elle-même, en permanence, de la source ou de la rivière dans les canaux, comme il arrivait si fréquemment, le caractère de continuité ne saurait être nié. Les jurisconsultes romains n'exigeaient pas davantage ici une *usucapio libertatis;* mais ils décidaient que si l'eau, même dans l'inaction de l'homme, s'était frayé un passage dans les rigoles ou canaux, fût-ce d'elle-même et accidentellement (*si aqua per rivum sua sponte perfluxit; — si aqua influxerit ipsa sibi*), tant qu'elle avait coulé la servitude s'était conservée (2).

468. Si l'on avait fait tout autre chose que ce que la servitude permettait de faire, sans y rien mêler de ce qui en faisait véritablement le droit, par exemple, si n'ayant le droit de prendre l'eau que la nuit (*nocturnam aquam*), ou à de certaines heures, on ne l'avait jamais prise, pendant deux ans, que le jour ou à des heures différentes; ou bien si l'on avait pris une autre eau sans jamais prendre, pendant deux ans, de celle à laquelle s'appliquait la servitude, cette servitude était perdue *non utendo,* sans que celle dont on avait usé fût acquise, puisque l'usucapion acquisitive de deux ans y était inapplicable. Ce nouvel usage n'aurait pu être protégé qu'après un long temps par les institutions prétoriennes. Mais pour peu que l'exercice de la servitude véritablement due y eût été compris, par exemple si à l'eau étrangère on avait mêlé, en quantité quelconque, celle à laquelle on avait droit, ou bien si l'on avait usé d'une voie plus large, ou même plus étroite, c'en était assez pour que la servitude eût été conservée (3). — En effet, le principe de l'indivisibilité des servitudes produisait ce

(1) Paul. *Sententiæ,* 1. 17. § 1 : « Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio usus non est amisisse videtur : nec enim ea usucapi possunt, quæ non utendo amittuntur. » — (2) D. 8. 6, *Quemad. serv. amitt.,* 12. f. Cels. — 30. 2, *De aq. quot. et æst.,* 1. § 21 f. Ulp. — (3) D. 8. 5, *Si serv. vind.,* 9. § 1. f. Paul. ; — 8. 6, *Quemad. serv. amitt.,* 10. § 1. f. Paul. 11, pr. f. Marcell.; 17. f. Pomp.; 18, pr. f. Paul. — 39. 3, *De aq. et aq. pluv.,* 17, pr. f. Paul

résultat, que le non-usage ne pouvait l'y faire perdre pour partie : « *Vel tota amittitur, vel tota retinetur* », dit Ulpien (1).

Si le non-usage provenait d'une force majeure : passage envahi par les eaux (ci-dess., n° 467-1°), source tarie, la servitude, rigoureusement, après deux ans écoulés, n'en était pas moins éteinte; mais les choses revenant ensuite à leur premier état, équitablement, au moyen d'une restitution, elle devait être rétablie (2).

Lorsque le non-usage pendant deux ans avait éteint, en droit, la servitude, il semble résulter d'un fragment de Paul que l'usage recommençant sans réclamation, et se continuant pendant deux ans, aurait pour effet de la faire revivre : « Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur (3) ». Nous adoptons cette interprétation; c'est le sens naturel et équitable : il s'agit ici d'une *usucapio* admise, non pour créer une servitude n'ayant jamais existé, ce que prohibe la loi SCRIBONIA, mais pour réparer un non-usage par l'usage qui a suivi et faire ainsi récupérer une servitude perdue. Nous ne croyons pas que la sentence de Paul puisse être réduite à ceci, qui allait sans dire, qu'une servitude se perd par le non-usage pendant deux ans, mais que si, durant cet intervalle, elle est exercée, l'usucapion est interrompue (*usurpata*) (4).

469. L'extinction des servitudes prédiales par le non-usage ou par l'*usucapio libertatis* avait été admise, sans doute, sur le sol provincial, mais seulement avec le délai prétorien de dix ans entre présents et vingt ans entre absents. — Quoi qu'il en fût de ce droit ancien, toute différence juridique entre ces deux espèces de sol ayant été supprimée dans le droit de Justinien, nous rencontrons une constitution de l'an 531 qui applique, dans tous les cas, à cette extinction le délai de dix ou vingt ans : « Censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non bienno, quia tantummodo soli rebus annexæ sunt, sed decennio contra præsentes, vel viginti spatio annorum contra absentes (5) ». Il faut tenir pour certain, bien que cela ait été mis en doute, qu'il n'y a ici d'autre changement que celui qui concerne la durée du temps (6). La différence entre les cas où l'extinction s'opère par

(1) D. 8. 3, *De serv. pr. rust.*, 18. f. Ulp. — (2) *Ibid.*, 35. f. Paul. — (3) PAUL. *Sentent.*, 1. 17. § 2. — (4) 1° Il y a dans le texte *servitus usurpata* (servitude fréquemment exercée), et non *usucapio usurpata* (usucapion interrompue) : distinction bien marquée par Paul lui-même (D. 41. 3, *De usurp.*); — 2° *Biennio* signifie *pendant deux ans*, et non *à un moment quelconque* de cet espace de deux ans. — (5) COD. 3. 34, *De serv.*, 13, Justinian, an 531. — (6) Le doute a pu être soulevé en ce qui concerne l'usufruit, à cause d'une constitution de l'an 530. (C. 3. 33, *De usuf.*, 16, Justinian), paraissant supprimer l'extinction par le non-usage : « Nec ipsum usumfructum non utendo cadere », sauf l'hypothèse suivante : « Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. » Mais une constitution postérieure (531), commune à l'usufruit et aux servitudes réelles (C. 3. 34. 13.), parle formellement d'extinction par le non-usage (*non utendo amittantur*).

le simple non-usage (*non utendo*) et ceux où il faut en même temps une *usucapio libertatis*, continue de subsister. Aussi ces règles sont-elles toujours exposées dans les Pandectes et dans les Instituts, qui datent de deux ans plus tard (an 533) : seulement, au lieu du délai de deux ans, qui n'y apparaît plus, se trouvent substituées les expressions générales, *per statutum, per constitutum tempus*, ou autres équivalentes.

Du terme ou des conditions imposés au droit de propriété ou de servitudes prédiales.

470. A considérer en lui-même le droit de propriété, il semble que l'ancien droit romain n'ait pas admis qu'il pût exister comme droit temporaire ou conditionnel ; cette observation toutefois ne concerne que son existence et sa manière d'être, mais non sa création. — En effet, il est possible, suivant le moyen qu'on y emploie, de soumettre la création d'un droit de propriété à l'arrivée d'un terme (*ex tempore*) ou à l'accomplissement d'une condition (*sub conditione*). Ainsi en était-il dans le legs *per vindicationem;* et dans la tradition conditionnelle, dont plusieurs exemples nous sont offerts par le *mutuum* (1), et au cas prévu (ci-dessus, n° 419) par le vendeur. Dans ces diverses hypothèses, la propriété, au moment ou à l'événement voulus suivant les règles du droit, se trouve acquise, mais elle ne date que de ce moment ; elle n'a pas existé jusque-là comme propriété suspendue par un terme ou par une condition : et la preuve, c'est que les jurisconsultes romains n'attribuaient pas d'effet rétroactif, relativement à cette propriété, à l'accomplissement de la condition (2).

La *mancipatio,* l'*in jure cessio,* l'*adjudicatio* ne peuvent pas servir à créer ainsi un droit de propriété *ex tempore* ou *sub conditione :* non pas seulement à cause du principe que la nature de ces actes répugne à ce qu'ils soient affectés en eux-mêmes d'un terme ou d'une condition (3), mais aussi parce que le droit de propriété que ces actes sont destinés à créer immédiatement, ne peut exister temporaire ou conditionnel : « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE *ex die,* ou *sub conditione,* AIO (ci-dess., n°s 315 et 318) » ; cela n'est pas reçu en droit romain.

Il était certaines conditions légales, auxquelles on donne les épithètes d'*intrinsèques, virtuelles, tacites :* par exemple, en cas de legs ou de donation à cause de mort, que le gratifié survivra au testateur ou au donateur ; en cas de dot, que le mariage

(1) DIG. 12. 1. *De reb. credit.* 4 pr. et 11 pr. f. Ulp. — (2) D. 1. *De donat. int. vir. et uxor.* 11. pr. f. Ulp. « Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum quum mors insecuta est ; medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit. » — (3) « *Quia nulla legis actio prodita est de futuro* », dit Paul dans les FRAGM. VATIC., § 49, au sujet de l'*in jure cessio.*

aura lieu. Il ne faut pas les confondre avec les véritables conditions, apposées par la volonté de l'homme (ci-dessous, n° 739). La *mancipatio*, l'*in jure cessio* auraient pu être employées pour créer un droit de propriété dans ces cas.

Quant à la propriété résoluble à un certain terme (*ad diem*), ou à l'événement d'une certaine condition (*ad conditionem*), la règle du droit romain qui refusait de l'admettre était encore plus accentuée, ainsi que nous l'expliquerons ci-dessous, n°ˢ 544 et suiv. — Cependant il était des cas où forcément, d'après les règles du droit, elle se serait résolue; par exemple, en cas de legs *per vindicationem* sous condition, à l'avénement de la condition la propriété, qui jusque-là avait appartenu à l'héritier, finissait pour lui, par cela seul qu'elle passait au légataire (1).

470 *bis*. En ce qui concerne les servitudes prédiales, il semble résulter d'un fragment de Papinien, fort controversé, qu'elles n'étaient susceptibles d'aucune espèce de terme ni de condition, et qu'on ne parvenait à les soumettre à ces modalités qu'au moyen de pactes et des secours prétoriens qui en naissaient (2). La raison qu'on en donne, que les servitudes étant comme des qualités du fonds doivent être permanentes comme les fonds eux-mêmes, est peu satisfaisante. Il était dur de n'en pas favoriser l'extinction, qui est un retour à la liberté naturelle, en permettant de les constituer *ad tempus* ou *ad conditionem*; cependant, ici, la prohibition du strict droit civil est certaine. Mais pourquoi ne pourrait-on les léguer à terme ou sous condition *per vindicationem*, puisque la propriété elle-même pouvait être ainsi léguée? Aussi fait-on remarquer que notre texte n'a trait qu'à des actes *entre-vifs*, jadis la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, et que Marcellus (D. 33, 3, *De servit. legat.*, 3 *in fin.*) donne l'exemple d'une servitude de voie léguée *per vindicationem* conditionnellement (3).

TITULUS IV.	TITRE IV.
DE USUFRUCTU.	DE L'USUFRUIT (4).

471. Nous passons aux servitudes personnelles (*servitutes personarum*), dans lesquelles le droit détaché de la propriété n'est point détaché pour augmenter l'agrément ou l'utilité d'un fonds, mais pour l'avantage spécial d'une personne à laquelle il

(1) D. 8. 6. *Quem serv. amitt.* 11. § 1. f. Marcell. — (2) D. 8. 1. *De servit.* 4 pr. f. Papinian. : « Servitutes ipso quidem jure neque *ex tempore* neque *ad tempus*, neque *sub conditione*, neque *ad certam conditionem* (verbi gratia, *quamdiu volam*) constitui possunt : sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutum vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere. » — (3) Sur tous ces points, voir l'excellente monographie publiée par notre collègue M. Bufnoir : *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, Paris, 1866, in-8°. — (4) Voir, sur cette matière spéciale, le traité de notre collègue M. Pellat : *De la propriété et de l'usufruit*, 2ᵉ éd. Paris, 1858.

appartient. A la différence des servitudes réelles, les servitudes personnelles s'appliquent aux meubles comme aux immeubles; elles ne consistent jamais qu'à souffrir; elles ne sont pas toutes indivisibles : ainsi l'usufruit consistant principalement dans la perception des fruits, objets susceptibles de division, peut être acquis ou perdu pour partie; tandis qu'il n'en est pas de même de l'usage, qui est considéré comme indivisible (1).

472. Ces servitudes paraissent n'avoir été introduites dans la législation romaine que postérieurement aux servitudes d'héritages et n'y avoir été réglées que successivement. Ainsi rien dans les fragments des Douze Tables ou dans les écrivains postérieurs, n'indique leur existence à cette époque primitive. Nous savons par Cicéron que de son temps l'usufruit et l'usage étaient établis; que les jurisconsultes discutaient encore si les enfants d'une esclave étaient ou non au nombre des fruits; que le quasi-usufruit des choses de consommation n'était pas encore connu (2). Un sénatus-consulte postérieur introduisit ce quasi-usufruit. Enfin, on rangea par la suite parmi les servitudes personnelles le droit d'habitation et celui de services. Nous allons les parcourir successivement.

Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

L'usufruit est le droit d'user des choses d'autrui et d'en percevoir les fruits, sans altérer la substance; car c'est un droit sur un corps : que ce corps périsse, le droit nécessairement doit périr aussi.

473. L'usufruit, qui forme la plus importante des servitudes personnelles, est longuement traité dans le Digeste. Les commentaires de Gaius, les règles d'Ulpien, les sentences de Paul, nous offrent aussi des passages qui y sont relatifs; enfin, les fragments du droit romain découverts par M. Maï dans la bibliothèque du Vatican, contiennent un titre sur cette matière (3).

On fait remarquer dans la définition que donne notre texte les mots *utendi* et *fruendi*, qui indiquent tous les droits que comprend l'usufruit (l'usage et les fruits); les mots *rebus alienis*, car l'usufruit ne peut exister que sur les choses d'autrui (*nemini res sua servit*); enfin, les expressions *salva rerum substantia*, qui sont prises dans deux sens différents. Quelques jurisconsultes, en effet, les considèrent comme relatives à la durée de l'usufruit, et traduisent ainsi : *Le droit d'user et de jouir tant que dure la substance;* d'autres comme relatives aux droits de l'usufruitier, et traduisent ainsi : *Le droit d'user et de jouir... sans altérer la substance.* C'est cette dernière interprétation que je crois devoir

(1) D. 7. 4. 14 et 25. f. Pomp. — « Frui quidem pro parte possumus : uti pro parte non possumus » (7. 8. 19. f. Paul.). — (2) Cicero. *De finib. boni et mali*, lib. 1, cap. 4. — Id. *in Topicis*. — (3) Dig. lib. 7. tit. 1 et seq. — Gaius. 2. §§ 30 et seq. — Ulp. *Reg*. 24. §§ 26 et 27. — Paul. *Sent*. 3. 6. §§ 17 et seq.—Vaticana J. R. Frag. tit. 2. *De usu et fructu*. Thémis, t. 5, et Blondeau, *Jus antejustinianeum*, p. 336, § 41 et suiv.

adopter; les mots du texte me paraissant être à peu près l'équivalent de ceux-ci : *Jus utendi fruendi, sed non abutendi* (1).

Le domaine, par opposition à l'usufruit qui en a été détaché, se nomme assez souvent chez les Romains *nuda proprietas*, et en français *nue propriété*.

474. Voyons d'abord quels sont les droits et les obligations de l'usufruitier et du propriétaire.

L'usufruitier a le *jus utendi* : et l'on ne saurait ici donner de théorie plus saine et plus logique que celle qui a été exposée en Allemagne par M. Thibaut, et chez nous par M. Ducaurroy (2).

---

(1) La première interprétation, appuyée sur Théophile, avait été jadis donnée par Giphanius, et généralement rejetée. M. Ducaurroy l'a reproduite avec de nouveaux motifs dans la Thémis (t. 1, p. 260), et dans les Institutes expliquées (t. 1, p. 333). Elle est professée à l'école, et M. Varnkœnig l'a adoptée dans ses Commentaires du Droit rom. (n° 300, t. 1, p. 438). Malgré ces autorités, voici les raisons qui m'empêchent de l'admettre. Elle repose sur deux motifs principaux : 1° sur le *est enim*, qui lie la première phrase à la seconde. Cette liaison n'est pas rigoureusement justifiée, il faut l'avouer, avec le sens que je prends; mais voyons-la avec l'autre. Un syllogisme tel que celui-ci : *tous les animaux sont des hommes, car tous les hommes sont des animaux*, paraît ridicule; le texte ne ferait-il pas un raisonnement entièrement semblable s'il disait : l'*usufruit dure tant que dure la substance, car il périt si la substance périt?* La seconde proposition est vraie, mais la première est complétement fausse. Il faut donc reconnaître dans le *enim* une de ces conjonctions si communes dans la langue latine, et surtout dans les Instituts, dont les deux tiers au moins des paragraphes commencent par des *autem, tamen*, etc., et dans lesquels on pourrait citer une foule d'exemples, tels que liv. 1, tit. 10. § 1; tit. 13. § 3; tit. 24. pr.; liv. 2, tit. 1, § 26, et tant d'autres, où ces *ergo, itaque, tamen*, n'ont absolument aucun sens. Le doute disparaît surtout si l'on remarque que ces deux phrases forment au Digeste deux lois différentes (7. 1. 1 et 2), et sont prises, l'une dans Paul, l'autre dans Celse, que l'on a réunies tant bien que mal. — 2° Le second motif repose sur le *ne tamen* du § 1. Ce *tamen* est de même nature que ceux que nous avons signalés; il n'y a ici, ni au Digeste (7. 1. 3. § 2), aucun rapport avec le paragraphe qui précède. La phrase est du reste tirée d'un troisième jurisconsulte, Gaius. Elle exprime cette réflexion naturelle que l'usufruit étant le *jus utendi fruendi*, rendrait la propriété inutile s'il en était toujours séparé. Mais est-il de l'essence de l'usufruit de durer tant que dure la substance des choses, n'est-ce que par correctif qu'on le fait éteindre auparavant; ou plutôt n'est-il pas de l'essence de l'usufruit, servitude personnelle, de finir avec la personne pour laquelle il est établi? A quoi bon donner une fausse définition de l'usufruit, pour être obligé de la corriger ensuite? — Enfin, à part toutes ces raisons, un passage d'Ulpien me paraît montrer à lui seul quel était le sens donné ici aux mots *salva substantia* : « L'usufruit peut être établi, nous » dit ce jurisconsulte, sur des choses dont il est possible de jouir *salva rerum* » *substantia*, mais quant à celles qui se consomment par l'usage, telles que le » vin, l'huile..., etc. » (Ulp. *Reg.* tit. 24. §§ 26 et 27). Ainsi, dans le sens des jurisconsultes romains, jouir *salva substantia*, c'est jouir sans consommer. — La controverse, du reste, est sans importance. On reconnaît de part et d'autre que l'usufruitier doit conserver la substance, et que l'usufruit périt avec la substance.

(2) THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. (Essais sur quelques parties spéciales de la théorie du droit.) Jen. 1798-1801 et 1817, 2 vol. in-8°. 1. 3. — DUCAURROY, Thémis, t. 1, p. 241 à 243. 1819. — Institutes expliquées, t. 1, p. 348 et suiv. — Cette théorie est maintenant généralement établie, tant en Allemagne que parmi nous.

Le *jus utendi* n'est point, comme l'avaient dit jusqu'à nos jours les commentateurs, le droit de percevoir les fruits, circonscrit par a nécessité. C'est un droit particulier et bien distinct qui consiste à retirer de la chose toute l'utilité qu'elle peut rendre sans en prendre aucun produit ni en altérer la substance. De là découle le droit d'habiter la maison, de demeurer sur le fonds rural, d'exercer les servitudes de simple usage qui lui sont dues; d'employer les bœufs, les chevaux au labour et à tous les travaux auxquels ils sont propres; les navires à la navigation, etc. (1).

475. L'usufruitier a de plus le *jus fruendi*, c'est-à-dire le droit de percevoir tous les fruits de la chose (2). Ici, il est important de déterminer ce qu'on entend par fruits. C'est, nous disent plusieurs textes, *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipitur* (3). Cependant on ne range réellement dans la classe des fruits que les objets que la chose est destinée à produire; les objets qui sont destinés à former un revenu périodique : ainsi ceux qui n'en sont qu'un résultat ou qu'un accessoire accidentel, tels que l'alluvion, l'île née près du fonds (4), le trésor (5), le legs fait à l'esclave (6), n'appartiennent pas à l'usufruitier. C'est, comme nous l'avons vu (n° 409), par une raison à peu près semblable, que l'enfant d'une esclave n'est pas rangé parmi les fruits; de même, les objets qui sont plutôt une partie de la chose qu'un de ses produits ordinaires ne sont pas considérés comme fruits, tels sont les bois non destinés à être coupés; l'usufruitier n'acquiert pas les arbres qui y meurent ou qui y sont arrachés par la violence des vents, tandis qu'il recueille le revenu des bois taillis (*sylva cædua*) (7).

476. L'usufruitier peut exercer lui-même son droit, ou bien vendre, louer, céder gratuitement l'exercice de ce droit en tout ou

---

(1) Dig. 7. 8. fr. 2 et 10. § 4. Ulp. — D. 7. 1. 15. § 7. — 7. 6. 1. pr. et § 1. — 8. 5. 2. § 2. f. Ulp. — D. 7. 8. 12. §§ 3 et 4. f. Ulp. — D. 7. 1. 12. § 1. f. Ulp. — Le *jus utendi* est si peu une fraction quelconque du *jus fruendi*, que celui qui a le *jus fruendi* en entier est encore obligé d'empiéter sur l'usage pour tout ce qui est nécessaire à la culture et à la récolte des fruits. C'est ce que nous dit Florentin (D. 7. 1. 42). Souvent, il est vrai, on dit chez les Romains *uti* pour dire retirer une utilité quelconque, soit en fruit, soit autrement; mais alors on emploie ce mot dans une acception générale. — (2) D. 7. 1. 7. p. f. Ulp. — (3) D. 7. 1. 9. p. f. Ulp., et 59. § 1. f. Paul. — (4) D. 7. 1. 9. § 4. f. Ulp. — (5) D. 24. 3. 7. § 12. f. Ulp. — (6) Inst. 2. 9. § 4. — (7) D. 7. 1. 9. § 7 et f. 12. pr. Ulp. — Il peut seulement user de ces arbres pour ses besoins domestiques et l'entretien du bâtiment. — Pour les carrières, les mines, etc., voir les lois D. 7. 1. 1. 9. §§ 2 et 3; loi 13. § 5. — D. 23. 5. 18. — 24. 3. 7. §§ 13 et 14, qui, en somme, paraissent en accorder les produits à l'usufruitier. — Tout ce que nous voyons là nous prouve que la décomposition ordinaire qu'on fait du domaine en *jus utendi, fruendi et abutendi* n'est pas, comme nous l'avons dit, p. 256, note 1, complétement exacte; ainsi, après en avoir détaché pour l'usufruitier le *jus utendi et fruendi*, il reste au propriétaire non-seulement le *jus abutendi*, mais encore le droit d'acquérir tous les accessoires qui ne sont pas dans la classe des fruits.

en partie (1). S'il loue les choses dont il a l'usufruit, le prix qu'on lui paye pour le loyer remplace pour lui l'utilité ou les fruits de la chose : c'est ce qu'on nomme fruits civils.

477. Il est indispensable de remarquer que l'usufruitier n'a pas la propriété des fruits, mais seulement le droit exclusivement attaché à sa personne de les recueillir, ou de les faire recueillir; c'est ce que nous avons déjà vu (n°° 402 et 408) (2). Il suit de là qu'il n'est pas encore propriétaire des fruits tombés naturellement de l'arbre, mais non recueillis; ni des fruits pris par d'autres que par lui ou par ceux qui le représentent, par exemple, par un voleur (3). Il suit encore de là que les fruits non perçus au moment de sa mort ne passent pas à ses héritiers, mais restent au propriétaire. Et réciproquement si, au commencement de l'usufruit, il existe des fruits pendants par branches ou par racines, l'usufruitier a le droit de les percevoir (4). Que décider, à ce propos, pour les fruits qu'il a cueillis avant leur maturité? On n'a contre lui ou ses héritiers aucune action à cet égard toutes les fois qu'il les a cueillis sans intention de fraude, mais comme un bon père de famille (5). Que décider aussi pour les fruits civils? Les textes ne sont pas bien précis sur ce point, mais il paraît en résulter qu'ils sont acquis jour par jour lorsqu'il s'agit, par exemple, des loyers d'une maison, du travail d'un esclave, d'une bête de somme; mais que lorsque ces loyers sont la représentation des fruits naturels, comme dans le louage d'un fonds rural, ils ne sont dus à l'usufruitier que si les récoltes sont faites de son vivant (6).

478. L'usufruitier doit jouir comme un bon père de famille (*quasi bonus paterfamilias*) (7). Ainsi il ne doit pas établir dans la maison une hôtellerie, des bains publics, un atelier, si elle n'était pas destinée à cet usage (8); il ne doit pas dénaturer les emplois des esclaves, en faisant, par exemple, un boulanger d'un musicien, un garçon de bain d'un histrion (9); il doit, comme nous l'avons vu (p. 301), remplacer les vignes et les arbres fruitiers qui périssent, employer le croît du troupeau à renouveler les têtes mortes. Il n'a pas le droit d'altérer la substance des choses (*salva substantia*). Mais qu'entend-on par substance? Physiquement ou métaphysiquement, il serait fort difficile de donner un

---

(1) D. 7. 1. 12. § 2. f. Ulp. — (2) INST. 2. 1. § 36. — (3) D. 7. 4. 13. f. Paul. — 7. 1. 12. § 5. f. Ulp. — Il est bien différent en cela du possesseur de bonne foi, qui, à l'égard des tiers, est considéré comme propriétaire des fruits dès qu'ils sont détachés. Aussi l'usufruitier n'aurait-il pas contre le voleur la *rei vindicatio*, ni la *condictio furtiva*, qui ne sont données qu'au propriétaire, mais seulement l'*actio furti*, comme intéressé à ce que le vol n'eût pas lieu. — (4) D. 7. 1. 27. pr. f. Ulp. — (5) D. 7. 1. 48. § 1. f. Ulp. — 33. 2. 42. f. Javol. — Par exemple, les olives, pour qu'elles rapportent une huile plus délicate; le foin, pour qu'il soit plus fin; les oranges, pour les exporter. — (6) D. 7. 1. 26. f. Paul.; 58. f. Scævol. — (7) INST. 2. 1. 38. — (8) D. 7. 1. 13. §§ 8 et 27 § 1. f. Ulp. — (9) D. 7. 1. 15. § 1 et suiv.

sens précis à ce mot assez vague qui vient de *sub stare;* mais en droit, dans la matière qui nous occupe, il désigne ce qui est le principal, le caractère essentiel dans la manière d'être de la chose; ainsi, non-seulement l'usufruitier n'a pas le droit de détruire (*abuti*), mais il ne pourrait même pas élever un édifice sur le terrain dont il a l'usufruit, changer les bâtiments, transformer un parterre ou un jardin d'agrément en un jardin potager, ni réciproquement (1).

479. L'usufruitier est tenu de supporter les réparations d'entretien et les impôts ou autres charges qui pèsent sur les fruits (2).

480. Enfin, le droit prétorien l'oblige à donner, avant d'entrer en possession, satisdation qu'il jouira en bon père de famille, et qu'il restituera à la fin de l'usufruit ce qui restera de la chose : « Usurum se boni viri arbitratu; et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit (3). » L'obligation de jouir en bon père de famille, qui ne résultait point de la nature de l'usufruit, a été introduite par le préteur.

I. Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis usumfructum alicui *legaverit;* nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contra, si fundum legaverit, *deducto usufructu*, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento si quis velit usumfructum alii constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

I. L'usufruit est détaché de la propriété; et ce démembrement se fait de plusieurs manières : par exemple, si l'usufruit est *légué* à quelqu'un, car l'héritier a la nue propriété, le légataire l'usufruit; réciproquement si un fonds est légué *déduction faite de l'usufruit*, le légataire alors a la nue propriété, l'héritier l'usufruit. On peut aussi léguer à l'un l'usufruit, à l'autre la propriété moins cet usufruit. Si l'on veut, sans testament, établir un usufruit, il faut le faire par *des pactes et des stipulations*. Mais comme la proprieté eût été complétement inutile si l'usufruit en avait toujours été détaché, on a voulu que l'usufruit s'éteignît et se réunît de plusieurs manières à la propriété.

481. Ce paragraphe est relatif aux manières dont se constitue l'usufruit. Gaius, Paul et surtout les fragments du Vatican fournissent à ce sujet des notions précieuses sur l'ancien droit (4). Nous les avons déjà exposées en partie, ci-dessus (n° 465, en note), en traitant de l'établissement des servitudes; il ne nous reste que quelques mots à ajouter.

482. Il faut bien établir d'abord la distinction entre donner et déduire l'usufruit (*dare, deducere usumfructum*). Le donner, c'est le transférer à quelqu'un en retenant la nue propriété; le déduire, c'est au contraire donner la nue propriété à quelqu'un en retenant l'usufruit. — Les legs, les pactes et les stipulations

(1) D. 7. 1. 7. § 1; 13. §§ 4 et 7, etc. f. Ulp. — (2) D. 7. 1. 7. §§ 2 et 27. § 3. f. Ulp. — (3) D. 7. 9. 1. et seq. — (4) GAIUS. 2. §§ 31 et suiv. — PAUL. Sent. 3. 6. §§ 17 et seq. — Vatic. J. R. Frag. §§ 41 et seq.

sont les moyens indiqués par le texte pour établir l'usufruit; il faut y joindre l'adjudication et la loi dans certains cas.

483. Relativement aux legs, nous n'ajouterons au texte que quelques observations. — La première, c'est que c'était le moyen le plus usité et le plus favorablement interprété pour l'établissement des servitudes personnelles (1). — La seconde, c'est que, sous Justinien, en règle générale, dans quelques termes que le legs eût été fait, il transférait toujours l'usufruit comme droit réel, sans aucune quasi-tradition (2). — La troisième, c'est que, dans cette espèce de legs, il n'y avait pas d'intervalle entre ce qu'on nommait le *dies cedit* et le *dies venit;* c'est-à-dire entre le moment où le droit éventuel au legs était fixé au profit du légataire (*dies cedit*), et celui où le legs était exigible (*dies venit*). Ainsi, pour les legs ordinaires, le droit éventuel au legs est acquis et fixé au profit du légataire, en général, du jour de la mort; l'exigibilité n'a lieu qu'au jour de l'adition d'hérédité. Pour le legs d'usufruit, le droit n'est fixé (*dies cedit*) que lorsqu'il devient exigible; parce que, dit Ulpien, il n'y a d'usufruit que lorsque quelqu'un commence à pouvoir jouir; c'est-à-dire, en général, à l'adition d'hérédité (3). L'effet principal du *dies cedit* pour les legs ordinaires est de rendre le droit éventuel transmissible aux héritiers; cet effet ne peut avoir lieu pour l'usufruit, puisque c'est un droit exclusivement personnel; mais l'usufruitier mourant après le *dies cedit* transmet à ses héritiers ce qui lui a été acquis, c'est-à-dire le droit qui lui revient sur les fruits perçus depuis ce jour jusqu'à sa mort. Le *dies cedit* conserve, en outre, son importance, pour plusieurs autres points que nous expliquerons en traitant des legs; notamment pour la détermination des choses qui doivent composer le legs. — Enfin notre quatrième observation porte sur ces mots du paragraphe : *Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.* Ils sont expliqués par une loi du Digeste, dans laquelle nous voyons que si le testateur veut léguer à l'un l'usufruit entier, à l'autre la nue propriété seulement, il doit avoir grand soin de ne léguer à ce dernier que le fonds *deducto usufructu;* car, s'il lui léguait le fonds (*fundum*) sans exprimer la déduction de l'usufruit, ce légataire aurait aussi dans son legs l'usufruit, et le partagerait avec l'autre légataire (4).

484. Relativement aux pactes et aux stipulations, il faut recourir

---

(1) ULPIEN et PAUL ne traitent de l'usufruit qu'à l'occasion des legs; un titre au Digeste est consacré au legs d'usufruit (D. 33. 2). — (2) INST. 2. 20. § 2. — (3) D. 7. 3. 1. f. Ulp. — « Tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest. » — Labéon avait pensé, au contraire, que le *dies cedit* devait avoir lieu pour le legs d'usufruit comme pour les autres legs (Vatic. J. R. Frag § 60). — (4) D. 33. 2. 19. f. Modest. — On peut ajouter ici que l'usage, à moins de preuve contraire, était sous-entendu dans les fruits. Ainsi, lorsqu'on avait légué *fructus*, c'était comme si on avait légué *usumfructum;* à moins qu'on n'eût laissé à l'un l'usage, à l'autre les fruits, à un troisième la nue propriété (D. 7. 8. 14. § 1. f. Ulpien.).

à ce que nous avons dit pour les servitudes, n° 461. A l'époque de Justinien, les pactes mis dans une tradition établissent, dès l'instant, l'usufruit comme droit réel : mais les autres pactes et les stipulations font seulement naître l'obligation de constituer l'usufruit, qui n'existe comme droit réel qu'après la quasi-tradition : c'est du moins l'opinion que nous adoptons. Nous avons vu pourquoi cette réunion du pacte et de la stipulation (n° 461).

485. L'adjudication du juge établit l'usufruit, comme les servitudes prédiales, dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* (1) : jadis, seulement quand il s'agissait de *judicia legitima* (ci-dess., n° 319). — Enfin la loi, dans quelques cas, donne l'usufruit légal. Nous en développerons bientôt un exemple dans l'usufruit accordé au père sur certains biens de ses enfants (2).

486. Quant à l'usage ou quasi-possession, jamais dans l'ancien droit il n'a pu établir un droit d'usufruit par le temps de l'usucapion (3); il y a doute quant à la *prescriptio longi temporis*. Mais une constitution de Justinien semble bien introduire l'acquisition de l'usufruit par dix ans d'usage entre présents, et vingt ans entre absents. Cette opinion, un moment ébranlée par un jurisconsulte allemand, M. Zimmern, a repris aujourd'hui faveur (4).

II. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis, et jumentis, et cæteris rebus, exceptis iis quæ ipso usu consumuntur : nam hæ res, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum : quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, *vestimenta :* quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa, senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui : ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut ejus fiat, et lega-

2. L'usufruit peut s'établir non-seulement sur des fonds et des édifices, mais encore sur des esclaves, des bêtes de somme et toutes autres choses, excepté celles qui se consomment par l'usage; car celles-là ne sont ni par leur nature, ni par le droit civil, susceptibles d'usufruit. Au nombre de ces choses sont le vin, l'huile, le blé, *les vêtements*, auxquels on peut assimiler l'argent monnayé, puisqu'il est en quelque sorte consommé par l'usage dans un échange continuel. Mais le senat a décidé, dans un but d'utilité, que l'usufruit pourrait être établi même sur ces objets, pourvu que l'héritier reçût à cet égard une caution

(1) D. 7. 1. 6. § 1. f. Gaius. — (2) INST. 2. 9. §§ 1 et 2. — (3) D. 41. 3. 44. § 5. f. l'ap. — (4) Voir là-dessus la Thémis, t. 4, p. 323; et t. 6, p. 257. — La constitution de Justinien est au Cod., liv. 7, tit. 33, constitut. 12. Après avoir longuement exposé et résolu des difficultés qui peuvent naître relativement à l'absence et à la présence des parties pour la prescription de dix ou vingt ans, l'empereur termine par cette phrase : « Eodem observando etsi res non soli sint, » sed incorporales, quæ jure consistunt, veluti ususfructus et cæteræ servitutes. » Ces mots ont été naturellement entendus comme s'appliquant à l'acquisition de l'usufruit, comme des servitudes par la prescription. M. Zimmern n'a pas cru que le prolixe empereur ait pu introduire un si grand changement par si peu de mots; et il n'applique la phrase du Code qu'à l'extinction de l'usufruit par dix ou vingt ans de non-usage. Mais, à l'époque de Justinien, était-ce bien une innovation?

tarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur, aut capite minuatur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario ut ejus fiant; sed æstimatis his, satisdatur, ut si moriatur aut capite minuatur, *tanta pecunia restituatur*, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem *quasi usumfructum* constituit.

suffisante. Si donc une somme d'argent a été léguée en usufruit, on la donne en toute propriété au légataire; mais celui-ci fournit satisdation à l'héritier pour la restitution d'une égale somme à sa mort ou à sa diminution de tête. Les autres choses sont, de même, livrées en propriété au légataire, qui, sur leur estimation, fournit satisdation qu'à sa mort ou à sa diminution de tête il *sera restitué une somme égale* à leur estimation. Le sénat n'a donc pas créé sur ces choses un usufruit (car c'était impossible); mais, à l'aide d'une caution, il a constitué un quasi-usufruit.

487. Il s'agit ici de l'espèce d'usufruit qui peut être établi sur les choses de consommation, en vertu des dispositions générales d'un sénatus-consulte dont la date précise n'est pas connue; il est certain, comme nous l'avons déjà dit n° 472, que cette sorte d'usufruit n'existait pas encore du temps de Cicéron; on peut rapporter le sénatus-consulte par suite duquel il a été introduit, soit aux derniers temps de la république, soit au règne d'Auguste ou de Tibère. Ulpien nous a transmis la décision précise du sénatus-consulte en ces termes : « Ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit. » D'où la conséquence, par induction, qu'on peut léguer l'usufrui même des choses de consommation. Les commentateurs ont nommé cet usufruit *quasi-usufruit :* expression qui rigoureusement n'appartient pas au Droit romain, quoiqu'elle en soit déduite, mais qu'on peut employer parce qu'elle est commode et d'ailleurs exacte. Les textes romains appellent toujours le droit ainsi établi *usufruit*. On peut le voir par notre paragraphe, et par l'intitulé même du titre spécial, au Digeste : *De usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur* (1). Seulement Gaius, et notre texte après lui, fait remarquer que le sénat n'a pu faire que le droit ainsi légué fût un usufruit; mais, à l'aide du remède introduit, il commença à être considéré comme usufruit : « Sed, remedio introducto, cœpit quasi ususfructus haberi » (2). Voilà la source de la dénomination spéciale de *quasi-ususfructus,* devenue vulgaire. — Notez que dans la décision du sénat rapportée par Ulpien, de même que dans les différents textes qui nous sont restés, il n'est jamais question que de legs. D'où l'on pourrait être porté à conclure que la possibilité de constituer un pareil droit n'avait été introduite que pour les legs, et y était restreinte.

Il est bon de remarquer aussi que l'usufruit, dans ce cas, a une grande analogie avec le prêt de consommation (*mutuum*). Cependant il en diffère en beaucoup de points : dans la manière

(1) Dig. 7. 5. — (2) *Ib.* 2. f. Gaius.

dont il est établi; dans la manière dont il s'éteint; dans la satisdation qu'on exige de l'usufruitier, et en quelques autres encore.

Vestimenta. Deux lois au Digeste rangent les vêtements parmi les choses susceptibles d'un véritable usufruit (1); les Instituts parmi celles sur lesquelles s'établit un usufruit de choses de consommation. Il faut dire en effet que, d'après leur nature et l'intention des parties, ils peuvent être également destinés soit à être livrés en toute propriété, soit à être donnés seulement en usage.

Tanta pecunia restituatur. Le texte ne parle que de l'estimation des choses, et de la promesse de restituer le prix de cette estimation. Gaius nous dit au Digeste qu'on peut ou prendre ce moyen qui est plus commode (*quod et commodius est*), ou s'engager à restituer les objets en même quantité et qualité (2).

III. Finitur autem ususfructus *morte* usufructuarii, et duabus *capitis deminutionibus,* maxima et media, et *non utendo per modum et tempus* : quæ omnia nostra statuit constitutio. Item, finitur ususfructus *si domino* proprietatis ab usufructuario *cedatur,* nam cedendo extraneo nihil agit; vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res *consolidatio* appellatur. Eo amplius si ædes incendio *consumptæ fuerint,* vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum necesse est, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

3. L'usufruit finit *par la mort* de l'usufruitier, *par deux diminutions de tête,* la grande et la moyenne, et *par le non-usage d'après le mode convenu et pendant le temps déterminé;* toutes choses sur lesquelles a statué notre constitution. Il finit encore si l'usufruitier *en fait cession au propriétaire,* car la cession faite à un étranger serait nulle; ou réciproquement si l'usufruitier acquiert la propriété de la chose, événement qui se nomme *consolidation.* Enfin si l'édifice est *consumé* par un incendie, renversé par un tremblement de terre, ou par un vice de construction, l'usufruit doit nécessairement s'éteindre, et il n'est plus dû, même sur le sol.

488. Nous passons aux moyens dont s'éteint l'usufruit. Le texte en indique six : la mort de l'usufruitier, sa diminution de tête, le non-usage, la cession, la consolidation, et la perte ou le changement de la chose (3).

Morte. Si l'usufruit appartenait à une cité ou à une corporation, il devait s'éteindre au bout de cent ans, terme qui ne dépasse pas ordinairement la vie de l'homme (4).

Capitis deminutionibus. La petite diminution elle-même faisait perdre jadis l'usufruit. Ainsi lorsqu'un chef de famille se donnait en adrogation, passant avec tous ses biens sous la puissance de l'adrogeant, les droits d'usufruit s'éteignaient parce qu'ils étaient exclusivement attachés à sa personne : or la personne première était éteinte et absorbée dans une autre (ci-dess., n° 203 et 208). Justinien décida par une constitution qu'il n'en serait plus ainsi, et

(1) D. 7. 1. 15. § 4. f. Ulp.—7. 9. 9. § 3. f. Ulp. — (2) D. 7. 5. 7. f. Gaius. — (3) On peut voir, dans les fragments du Vatican, §§ 57, 61 et suiv., et dans les Sentences de Paul, 3. 6. §§ 17 et suiv., cette matière d'après l'ancien droit. — (4) 7. 1. 56. f. Gaius.

que parmi les diminutions de tête, la grande et la moyenne seules éteindraient l'usufruit (1). Une question avait été discutée entre les jurisconsultes romains : savoir, si l'usufruit qu'un chef de famille avait acquis par son esclave ou par son fils devait s'éteindre par la mort, par l'aliénation, par l'affranchissement de l'esclave, par la mort et par les diminutions de tête du fils, ou bien par celle du chef de famille. Nous savons par les Fragments du Vatican que cette controverse ne s'appliquait qu'au cas d'usufruit légué *per vindicationem* à l'esclave ou au fils de famille, et non à l'usufruit qu'ils auraient acquis par suite de stipulation ; dans ce dernier cas, les événements qui frappaient l'esclave ou le fils n'altéraient pas le droit (2). Justinien, sans plus faire de distinction entre ces divers cas, décide, par une constitution, que l'usufruit ne sera éteint qu'à la mort ou aux diminutions de tête du chef de famille. Il veut de plus, lorsque cet usufruit a été acquis par le fils, qu'à la mort ou aux diminutions de tête du père, il passe sur la tête du fils (3).

489. *Non utendo per modum et tempus*. Ces expressions signifient, d'après l'opinion commune : « par le non-usage suivant le mode convenable et pendant le temps fixé. » En effet, si l'usufruitier n'avait pas exercé son droit suivant le mode qu'exige impérieusement la nature de l'usufruit, ou que les parties auraient réglé entre elles, ce droit, au moins dans les anciens principes de la jurisprudence romaine, aurait été perdu, conformément à ce que nous avons déjà exposé en traitant des servitudes prédiales (ci-dessus, n° 468) (4). Cependant M. Ducaurroy donne un autre sens aux expressions du texte ; il les considère comme se liant immédiatement aux mots qui suivent et comme signifiant : « Suivant le mode et pendant le temps que notre constitution a déter-

(1) Cod. 3. 33. 16.

(2) Le motif de la différence, c'est que dans un legs fait à l'esclave ou au fils, la personne du maître n'est considérée que pour savoir s'il y a faction de testament ; pour le reste, c'est en la personne de l'esclave ou du fils de famille que réside le legs (Dig. 31. f. 82. § 2. Paul. — Vatican. J. R. Fragmenta, § 75). A un tel point qu'on ne pourrait pas léguer une servitude prédiale à un esclave ou à un fils de famille, pour le fonds du maître, à moins qu'il ne s'agît d'un fonds placé dans leur pécule (*Vatican. J. R. Fragment.* § 56. — Dig. 32. f. 17. § 1. Marcian. — Dig. 33. 3. 5. f. Papin.). Dans la stipulation, au contraire, c'est uniquement la personne du maître qui est considérée. Ceci fournit l'explication du fragment de Paul (Dig. 45. 3. 26. f. Paul ; et *Vatican. Fragment.* § 55. — Voy. M. Pellat, *De la propriété et de l'usufruit*, p. 104).

(3) Cod. 3. 33. 17.

(4) Toutefois, l'application en est bien plus restreinte en fait d'usufruit qu'en fait de servitudes prédiales ; parce qu'il suffit d'user pour conserver le *jus fruendi*, ou de prendre des fruits quelconques pour conserver le droit relativement à tous. Cependant supposez que l'établissement du droit d'usufruit fût limité à certains fruits, par exemple au droit de recueillir tous les raisins, et que l'usufruitier eût recueilli tous les blés, sans jamais toucher aux raisins : au bout du temps fixé, il aurait perdu son droit. (V. Dig. 7. 4. 20. f. Paul.).

minés. » Elles feraient allusion ainsi à un changement radical que la constitution de Justinien aurait introduit, non-seulement quant à la durée du temps, mais encore quant au mode prescrit pour l'extinction de l'usufruit par le *non-usage*. Pour nous, nous adoptons l'opinion commune, parce que c'est celle que la construction de la phrase nous semble commander, et celle d'ailleurs que donne textuellement Théophile, dont la paraphrase porte : « Suivant le mode convenu et pendant le temps fixé. »

490. Quant au changement radical auquel le texte ferait allusion, nous nous en sommes expliqué déjà à l'égard des servitudes prédiales (ci-dessus, n° 469). Ce changement porte incontestablement sur le temps. Ce temps était jadis le même que celui de l'usucapion : un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles. Justinien, par sa constitution insérée au Code, sous le n° 16 (liv. 3, tit. 33), veut que ce soit le même temps que celui fixé pour la perte de la propriété, c'est-à-dire trois ans pour les meubles, et, pour les immeubles, dix ans entre présents et vingt ans entre absents. — Mais le changement introduit par l'empereur se borne-t-il à ce qui concerne le temps, ou modifie-t-il également le mode, c'est-à-dire les conditions exigées pour l'extinction? Nous avons rapporté les termes de la constitution : « Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. » Ce qui, interprété à la lettre, signifie qu'il faudrait, pour repousser l'usufruitier, qu'un autre eût possédé, qu'il eût possédé de bonne foi et avec une juste cause d'acquisition, du moins pour la prescription de dix ou vingt ans. D'où la conséquence que l'usufruit ne s'éteindrait réellement plus par le non-usage de l'usufruitier, mais seulement par la jouissance d'un autre; que l'extinction par dix ou vingt ans ne pourrait plus se rencontrer, sauf dans deux cas : 1° celui où un tiers acquéreur aurait acquis de bonne foi soit le fonds comme libre, soit l'usufruit d'un autre que l'usufruitier, et en aurait joui à ce titre; 2° celui où le propriétaire aurait acquis de bonne foi la libération de sa chose d'un tiers qu'il aurait cru usufruitier, et en aurait joui à ce titre. Hors de ces deux cas, l'extinction de l'usufruit par dix ou par vingt ans n'aurait aucune application possible. Il ne resterait pour le propriétaire qui aurait joui de son fonds comme libre que la prescription de trente ans contre l'action de l'usufruitier (1). Ce système, que nous avons repoussé quant aux servitudes prédiales, nous le repoussons également quant à l'usufruit. La constitution 13, au Code, liv. 3, tit. 34, prouve que Justinien a établi absolument le même droit pour l'usufruit et pour les servitudes prédiales; que, pour l'un et pour l'autre, c'est la prescription de dix ou vingt ans de non-usage qu'il constitue, et non celle de trente ans : « Ei decennii vel viginti annis annorum dedimus spa-

(1) Cod. 7. 39. 3.

tium, » dit-il positivement en parlant de l'usufruit des choses immobilières. Ce que nous avons dit des servitudes prédiales (n° 469) doit donc s'étendre à l'usufruit.

491. Il y a cela de remarquable, relativement à la petite diminution de tête et au non-usage, que ces moyens ne détruisaient que l'usufruit dont le droit avait été déjà acquis. Si donc le légataire essuyait la petite diminution de tête avant l'adition d'hérédité ou l'échéance du legs, il n'en acquérait pas moins le droit d'usufruit lors de son échéance. Ceci avait donné naissance, chez les Romains, au legs d'usufruit pour chaque année, pour chaque mois ou pour chaque jour (*in singulos annos, vel menses, vel dies*). Un pareil legs ne constituait pas un droit unique d'usufruit, mais autant de droits distincts, dont chacun commençait chaque année, chaque mois, chaque jour, de sorte que le non-usage ne pouvait pas entraîner la perte de ces droits, et que la diminution de tête ne pouvait éteindre que l'usufruit de l'année, du mois ou du jour commencés (1).

492. *Si domino cedatur*. Ce passage est tiré de Gaius (2), mais il est mutilé : il s'agissait, dans les Commentaires de ce jurisconsulte, de l'*in jure cessio*. Cette cession étant une vendication simulée, suivie de la déclaration que l'usufruit appartenait au vendiquant, ne pouvait être faite régulièrement que par le propriétaire à celui à qui il voulait donner l'usufruit, ou par l'usufruitier au propriétaire à qui il voulait rendre l'usufruit. Faite par l'usufruitier à un tiers, elle eût été absolument nulle, sans effets (*nihil agit*), du moins dans l'opinion de Gaius, parce que l'usufruit étant un droit attaché à la personne, ne pouvait être vendiqué pour une autre tête et déclaré lui appartenir (3). Sous Justinien, la cession *in jure* n'existe plus; et la phrase de Gaius, mal à propos insérée ici, ne doit plus être prise qu'en ce sens que l'usufruitier ne peut transférer à un autre son droit lui-même, bien qu'il puisse céder l'exercice de ce droit.

493. *Consumptæ fuerint*. Il n'est pas nécessaire, pour que l'usufruit s'éteigne, que la chose ait complétement péri, il suffit qu'elle ne soit plus ce qu'elle était; que ce qui faisait le principal, l'essentiel, dans sa manière d'être, soit détruit. C'est ce que Justinien exprime en disant qu'il expire avec la substance de la chose (*cum rei substantia expirare*); c'est pour cela aussi que

---

(1) D. 7. 4. 1. §§ 1 et seq. f. Ulp. — *Ibid.* 28. f. Paul. — (2) GAIUS. 2. § 30.

(3) Cependant il résulterait d'un fragment de Pomponius (Dig. 23. 3. 66) que l'opinion de Gaius n'était pas la seule admise entre les jurisconsultes romains. Suivant Pomponius, l'*in jure cessio* ne pourra pas sans doute transférer l'usufruit au tiers vendiquant; mais l'usufruitier ne pourra plus y prétendre, puisqu'il n'a pas contesté que cet usufruit fût à un autre : l'usufruit s'éteindra donc et fera retour à la propriété. Voir des idées analogues dans ce que Gaius lui-même dit de la cession *in jure* d'une hérédité (Gaius. 2. §§ 35 et 36). Voir aussi M. PELLAT, *De la propriété et de l'usufruit*, p. 99.

Paul dit *rei mutatione* (1). Ainsi, l'édifice détruit, le sol ni les ruines ne sont plus soumis à l'usufruit; et le droit ne renaît point, comme dans les servitudes prédiales, après la reconstruction. Le troupeau réduit à une seule tête, l'usufruit est éteint parce qu'il n'existe plus de troupeau; le cheval mort, l'usufruit ne s'étend pas sur le cuir, etc. (2).

494. Il est encore quelques autres cas d'extinction, tels que le terme ou la condition, lorsque l'usufruit n'était établi que jusqu'à un certain temps ou à une certaine condition.

495. De tous ces modes d'extinction, il n'est guère que la mort ou les diminutions de tête de l'usufruitier, le terme ou la condition, qui soient applicables à l'usufruit des choses de consommation.

IV. Cum autem finitus fuerit *totus ususfructus*, revertitur ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

4. Quand l'usufruit est éteint *en totalité*, il se réunit à la propriété, et le nu-propriétaire a, dès cet instant, un plein pouvoir sur la chose.

496. *Totus ususfructus*. L'usufruit, n'étant pas indivisible comme les servitudes prédiales, pourrait s'éteindre en partie, et il n'y aurait alors que la partie éteinte qui se réunirait à la propriété. Il en serait ainsi, par exemple, si un testateur avait légué à *Titius* l'usufruit de la moitié d'une maison, et à *Seius* l'usufruit de l'autre moitié. Mais si le testateur avait légué conjointement à *Titius* et à *Seius* l'usufruit de toute la maison; ou même séparément à *Titius* l'usufruit de toute la maison, à *Seius* l'usufruit de la même maison; dans ce cas, le testateur mort, l'usufruit ayant été partagé entre les deux légataires, si l'un d'eux venait à mourir, sa part ne retournait pas à la propriété; mais elle se réunissait par droit d'accroissement à celle du colégataire survivant. Ce droit d'accroissement, fort important dans les legs, a cela de particulier dans l'usufruit qu'il produit son effet même après l'échéance du legs d'usufruit et l'exercice de ce droit (3).

TITULUS V. DE USU ET HABITATIONE.

TITRE V. DE L'USAGE ET DE L'HABITATION (4).

497. Nous suivrons ici entièrement la théorie de M. Thibaut et de M. Ducaurroy. — L'usage peut être séparé des fruits; on le nomme alors *nudus usus :* « Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu (5); » dans ce cas, l'usager a le droit d'user, mais non de percevoir les fruits : « Uti potest, non frui potest (6). « Déjà

(1) Cod. 3. 33. 16. § 2. — Paul. *Sent.* 3. 6. § 31. — (2) D. 7. 4. 12. f. Ulp. 30. f. Gaius, et 31. f. Pomp. — (3) Voir au Dig., liv. 7, le titre 2 consacré à ce sujet : *De usufructu adcrescendo*. — (4) Le système de notre droit français sur cette matière diffère complétement de celui des Romains. — (5) D. 7. 8. 1. f. Gaius. — (6) *Ibid.* 2. f. Ulp. Ce droit est donc *jus rebus alienis salva earum substantia utendi sed non fruendi.*

nous avons indiqué (nos 474 et 475) la différence entre ces deux droits. L'usager a tout l'usage, car ce droit est séparé pour lui de la propriété; il est même considéré par les Romains comme indivisible, et l'on ne peut l'acquérir ou le perdre pour partie (1). Il y aurait donc grave erreur à croire que l'usager n'a droit à l'usage que jusqu'à concurrence de ses besoins; il n'est obligé d'en laisser à celui à qui appartiennent les fruits que ce qui est indispensable pour faire naître et recueillir ces fruits. Mais l'usager ne peut prendre absolument aucun produit de la chose, ni fruit naturel, ni fruit civil; il ne peut donc louer ni vendre à un autre l'exercice de son droit, car le prix qu'il retirerait serait un produit, un fruit civil. Tel était le droit rigoureux. Cependant l'interprétation des jurisconsultes y a successivement apporté quelques modifications. Ainsi, tantôt parce que le seul usage de la chose n'eût procuré aucune espèce d'avantage, tantôt parce que les volontés des testateurs doivent être favorablement interprétées, la jurisprudence a accordé à l'usager quelques fruits, et c'est ce droit exceptionnel qui a été restreint à ses besoins quotidiens. Quelquefois on lui a même laissé la faculté de louer; mais toutes ces concessions ne doivent pas être prises pour la règle générale, dont elles ne sont que des exceptions. Le texte va nous offrir l'application de tous ces principes.

Iisdem illis modis quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur quibus et ususfructus desinit.

L'usage nu a coutume d'être établi par les mêmes moyens que l'usufruit; et il s'éteint par les mêmes causes.

1. Minus autem juris est in usu quam in usufructu. Namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt impedimento. Nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere, *aut gratis concedere* potest : cum is qui usumfructum habet possit hæc omnia facere.

1. Mais il y a moins de droits dans l'usage que dans l'usufruit, car celui qui a l'usage nu d'un fonds n'a que le droit d'y prendre des légumes, des fruits, des fleurs, du fourrage, des pailles, du bois pour son usage quotidien. Il peut aussi demeurer sur le fonds, pourvu qu'il n'y lèse point le propriétaire et qu'il n'y mette pas obstacle aux travaux de la culture. Il ne peut, du reste, louer, vendre ou céder gratuitement son droit à personne, bien que l'usufruitier le puisse.

498. Ce paragraphe est relatif à l'usage d'un fonds rural. Ce que l'usager tient ici de la nature du *jus utendi*, c'est la faculté qu'il a de demeurer, de se promener, de se faire porter sur le fonds (*deambulandi et gestandi*), d'user seul en entier de l'habitation, que ce soit une simple ferme rustique ou une maison de plaisance (*villæ et prætorii*), de se servir seul des caves à vin ou à huile, enfin d'empêcher le propriétaire et ses gens de venir sur le fonds, si ce n'est pour la culture (2). Mais ces droits d'usage

(1) D. 7. 8. 19. f. Paul. — (2) D. 7. 8. 10. § 4; 12. p. § 1. ff. Ulp.

sont en réalité peu de chose en ce qui concerne le fonds : aussi les jurisconsultes avaient-ils, par extension, accordé à l'usager quelques fruits pour son usage quotidien. Là-dessus ils n'étaient pas tous d'accord : les uns donnaient, d'autres refusaient certains produits, tels que les pailles, l'huile, le blé; les uns voulaient que l'usager ne pût consommer ces fruits que sur les lieux mêmes, d'autres lui permettaient de les emporter à la ville, toutes concessions qui, au dire d'Ulpien, doivent être réglées selon la quantité de produits que donne le fonds (*si abundent in fundo*), et selon la dignité de l'usager (*pro dignitate ejus cui relictus est usus*).

499. *Aut gratis concedere.* L'usufruitier a droit à tout l'usage et à tous les fruits. Que ce soit lui ou un autre qui les prenne, peu importe au propriétaire; il peut donc céder à autrui l'exercice de son droit. L'usager a, de même, droit à tout l'usage. Pourquoi ne lui est-il pas permis d'en faire profiter un autre? C'est que louer, vendre les bénéfices de l'usage, ce ne serait plus *user*, mais tirer de la chose un produit civil. Il fallait défendre aussi la cession gratuite, qui eût été un moyen d'éluder la prohibition; et d'ailleurs le plaisir de donner est aussi pour le donateur un produit : c'est l'équivalent, la représentation du prix de la chose donnée. Voilà dans le Droit romain pourquoi l'usage, bien qu'il comprenne tous les services, doit être exclusivement exercé par l'usager (1).

II. Item, is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet : nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat; et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertinet, cum marito ei habitare liceat.

2. Celui qui a l'usage d'une maison n'a que le droit d'y habiter lui-même, sans pouvoir transférer ce droit à autrui. Et c'est à peine si l'on paraît lui avoir permis d'y recevoir un hôte, d'y demeurer avec sa femme, ses enfants, ses affranchis et les autres personnes libres attachées à son service, ainsi que ses esclaves; ou avec son mari, si c'est une femme qui a l'usage de la maison.

500. Quelque peu nombreuse que soit la famille de l'usager, le propriétaire ne peut occuper la moindre partie de la maison, car l'usager a le *jus utendi* en totalité (2). Mais celui-ci doit user lui-même; le texte nous indique les concessions qui lui ont été faites à cet égard. Nous voyons même au Digeste que si, habitant la maison, il y recevait un locataire, on ne devrait pas lui envier ce profit (3).

III. Item, is ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operibus et ministerio

3. Pareillement celui qui a l'usage d'un esclave n'a que le droit d'user lui-

(1) En droit français, l'usage étant le droit de prendre des fruits pour ses besoins quotidiens, et les besoins variant avec les personnes, c'est cette raison qui empêche de céder l'exercice du droit. — (2) D. 7. 8. 22. § 1. f. Pomp. — (3) « *Et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum* » (D. 7. 8. 4. f. Ulp.).

ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est in jumento.

même de ses travaux et de ses services; mais on ne lui a permis en aucune manière de transférer ce droit à autrui. Il en est de même pour les bêtes de somme.

501. L'usage d'un esclave, d'une bête de somme, étant par lui-même assez avantageux, on n'a donné aucune extension étrangère à ce droit. Du reste, le chef de famille est toujours censé user lui-même lorsqu'il emploie la chose pour sa femme ou pour ses enfants; car l'usage de toutes choses est commun entre le mari et la femme (1).

IV. Sed et si pecorum veluti ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

4. Si l'on a légué l'usage d'un troupeau de menu bétail, de moutons par exemple, l'usager ne prendra ni lait, ni laine, ni agneaux, car ce sont là des fruits. Mais il pourra se servir du troupeau pour fumer son champ.

502. Tel est le droit rigoureux. Mais cet usage d'un troupeau est presque nul : aussi Ulpien nous dit-il au Digeste qu'il pense que l'usager pourra prendre un peu de lait, car il s'agit ici d'un legs, et les volontés du défunt ne doivent pas recevoir une interprétation si rigoureuse (2).

Il est des cas où le legs d'usage est entièrement assimilé au legs d'usufruit. Tel est, d'après une décision d'Adrien, le legs d'usage sur un bois taillis, car sans cette interprétation cet usage serait inutile (3); tel est encore le legs d'usage sur des choses de consommation (4).

503. L'usage, les fruits et la nue propriété peuvent être séparés et appartenir à trois personnes différentes : « Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas (5). » Dans ce cas, l'usager prendra en général tout l'usage, tous les services, et de plus les fruits qui lui sont accordés par extension; celui qui aura les fruits prendra tous les fruits, déduction faite de ceux accordés à l'usager; il aura droit aussi à l'usage nécessaire pour cultiver et récolter. Tous les autres droits seront au nu-propriétaire (6).

V. Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus : quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisi-

5. Si par legs ou par tout autre mode on a donné à quelqu'un l'habitation, ce n'est là ni un usage ni un usufruit, mais un droit tout particulier. Ceux à qui appartient un tel droit ont, par une décision conforme à l'avis de Marcellus, que nous avons promulguée dans un

(1) D. 7. 8. 9. f. Paul; 12. § 5. f. Ulp. — (2) « Hoc amplius, etiam modice lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum » (*Ibid.* § 2). — (3) *Ibid.* 22. f. Pomp. — (4) D. 7. 5. 5. § 2. f. Ulp. — (5) D. 7. 8. 14. § 3. f. Ulp. — (6) « Si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur : id percipiet fructuarius quod usuario supererit. Nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit » (D. 7. 1. 42. f. Florent.).

mus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

but d'utilité, reçu de nous la faculté, non-seulement d'habiter eux-mêmes, mais encore de louer à d'autres.

504. Les notions historiques peuvent seules expliquer la différence de l'*habitation* avec l'usage et l'usufruit. L'habitation n'était pas rangée, dans le principe, au nombre des servitudes personnelles : on ne connaissait comme telles, relativement à une maison, que l'usage ou l'usufruit. Mais si un testateur lègue l'*habitation,* que contiendra un tel legs? Ici grande controverse : d'après les uns, c'est la maison elle-même, l'habitation, qui est léguée en propriété (1); d'après d'autres, c'est seulement la faculté d'habiter; mais pendant combien de temps? Là-dessus dissidence encore : selon les uns, pendant un an, car on n'a pas voulu loger le légataire pour un seul jour, ni pour toute sa vie; selon d'autres, pendant toute sa vie (2). Cet avis prévalut. Cela posé, quel bénéfice donnera ce legs d'habitation? Sera-ce, comme l'usage, celui d'occuper la maison avec sa famille, ou, comme l'usufruit, celui de la louer? Sur ce point, nouvelle controverse; la majorité cependant interdisait la faculté de louer. Mais l'habitation ainsi réglée et assimilée, quant à ses effets, à l'usage (*effectu quidem*), ne lui était pas du tout assimilée quant à sa nature. L'habitation ne constituait pas une véritable servitude personnelle; ce n'était pas, à proprement parler, un droit unique, un démembrement du domaine, mais seulement un fait, un avantage quotidien ouvert et acquis jour par jour au légataire : « Tale legatum in facto potius quam in jure consistit (3). » En conséquence, jamais elle ne pouvait périr par le non-usage ou par la petite diminution de tête (4). Telle est encore sa nature sous Justinien, qui la considère comme une servitude particulière, et qui dans ses effets la rapproche de l'usufruit en accordant le droit de louer.

Des travaux des esclaves.

505. Le legs des travaux d'un esclave (*operarum servi*) constituait encore moins que l'habitation une véritable servitude personnelle. Un tel legs donnait au légataire le droit de profiter des services et des travaux de l'esclave, même de les louer, et par cet effet il ressemblait à l'usufruit; mais, de même que l'habitation, ce droit n'était qu'un avantage quotidien ouvert et acquis jour par jour, qui ne s'éteignait ni par la petite diminution de tête ni par le non-usage. Bien plus, et ceci achève de le séparer complétement des servitudes personnelles, la mort du légataire ne l'éteignait point; il passait aux héritiers, qui en jouissaient tant que l'esclave continuait de vivre. Si quelqu'un acquérait cet esclave par usucapion, le droit aux travaux était éteint (5). Justinien a consacré à

(1) Cod. 3. 33. 13. — (2) D. 7. 8. 10. § 3. f. Ulp. — (3) D. 4. 5. 10. f. Modest. — (4) D. 7. 8. 10. princ. f. Ulp. — (5) D. 7. 7. 5. Terent. — 33. 2. 2. f. Papin.

cette matière un titre au Digeste, entre l'usufruit et l'usage, mettant ainsi en quelque sorte ce droit au nombre des servitudes personnelles, dont il diffère tant par sa nature.

VI. Hæc de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem et obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res acquiruntur, modo videamus quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

6. Nous n'en dirons pas davantage sur les servitudes, l'usufruit, l'usage et l'habitation. Quant aux hérédités et aux obligations, nous en parlerons en leur lieu. Nous avons sommairement exposé les moyens d'acquérir qui sont du droit des gens, voyons maintenant ceux qui viennent du droit civil.

506. Ce paragraphe nous montre la marche assez irrégulière des Instituts. Après avoir traité de la division des choses, on a passé aux moyens naturels de les acquérir; puis on est revenu à la division des choses en corporelles et incorporelles; de là, après avoir traité des servitudes, laissant pour le moment les hérédités et les obligations, on revient aux moyens d'acquérir, afin d'exposer ceux qui sont de droit civil.

ACTIONS RELATIVES AUX SERVITUDES.

507. Les servitudes, choses incorporelles, n'étant pas susceptibles de véritable possession, les interdits généraux accordés par les préteurs pour protéger la possession ne pouvaient pas rigoureusement s'appliquer dans le cas de servitude. Cependant, puisqu'on avait admis à leur égard une sorte de possession, on dut admettre pareillement, ainsi que nous le dit Javolenus, des interdits en quelque sorte possessoires (*interdicta veluti possessoria*) (1). Ainsi les interdits généraux *uti possidetis et utrubi*, donnés pour faire maintenir la possession, le premier à l'égard des immeubles, le second à l'égard des meubles; et l'interdit *unde vi*, donné pour la faire restituer quand elle avait été enlevée par violence, furent appliqués aux servitudes tant personnelles que réelles, non pas directement, puisque ce n'était pas le cas précis de ces interdits, mais *utilement*, par extension et par vue d'utilité, en subissant d'ailleurs, dans la formule, les modifications nécessitées par la nature particulière de ces droits. C'est ce que nous apprennent positivement, à l'égard de l'usufruit, les Fragments du Vatican, qui nous donnent quelques-unes de ces modifications formulaires (2). En outre, et probablement avant même cette extension utile des interdits généraux, plusieurs interdits spéciaux avaient été introduits par le préteur pour protéger particulièrement la quasi-possession de certaines servitudes rurales, plus anciennes et plus importantes dans l'économie sociale des Romains. Tels étaient : l'interdit *de itinere actuque privato*, relatif au droit de chemin ou de conduite; *de aqua quotidiana et æstiva*, pour les prises

(1) Dig. 8. 1. 20. f. Javolen. — (2) Vatican. J. R. Frag. §§ 90 à 93. — Dig. 43. 16. 3. §§ 13 et suiv. 43. 17. 4. f. Ulp.

d'eau ; *de fonte*, pour le droit de puisage et d'abreuvage. Ces interdits avaient pour but de maintenir dans leur jouissance ceux qui pendant l'année avaient usé de ces droits *nec vi, nec clam, nec precario* (1). D'autres étaient rendus pour défendre qu'on empêchât celui qui jouissait de la servitude de faire les travaux nécessaires à son exercice : l'interdit *de ripis* pour la réparation des conduits qui amenaient l'eau ; *de cloacis* pour celle des égouts (2).

508. Quant à la vendication des servitudes, soit prédiales, soit personnelles, deux actions existaient chez les Romains : l'action confessoire et l'action négatoire (*actio in rem confessoria ; actio in rem negatoria*). La première était donnée au propriétaire de la servitude contre celui qui contestait son droit ou qui y mettait obstacle, pour soutenir que la servitude était à lui. Il ne s'agissait pas ici de prononcer sur le fait, sur la possession, mais sur le droit lui-même. Le demandeur pouvait intenter cette action lors même qu'il se trouvait en quasi-possession de la servitude, par cela seul qu'on voulait le troubler dans son exercice. — L'action négatoire était donnée au propriétaire du fonds ou de la chose contre celui qui voulait y prendre ou qui y prenait un droit de servitude, pour soutenir qu'il n'avait pas ce droit et que la chose était libre de cette servitude. Il faut bien se garder de considérer cette action comme la défense contre l'action confessoire : l'action est un moyen d'attaque et non de défense ; c'est ici le propriétaire lui-même qui attaque ; son action est réelle, car il vendique sa chose, ou plutôt il vendique la servitude, le fragment du domaine qu'on veut lui prendre, soutenant qu'on n'y a pas droit, et par conséquent que ce fragment est à lui. Cette action a cela de particulier, comme l'action confessoire, qu'elle peut, bien qu'elle soit réelle, être intentée par celui même qui est en possession, dès qu'on prétend empiéter sur sa proprieté (3).

509. Il pouvait exister aussi dans certains cas des actions personnelles (*in personam*) relativement à des servitudes. Par exemple, si une servitude avait été promise par un pacte inséré, non pas dans la tradition, mais dans un acte de vente (*actio empti ou venditi*) ; ou bien si elle avait été promise par stipulation avec clause pénale (*actio ex stipulatu*) (4).

Droits réels autres que la propriété et les servitudes.

510. Outre la propriété et les différentes servitudes, dont l'existence remonte jusqu'aux anciens temps du droit civil romain,

(1) D. 43. tit. 19, 20 et 22. — (2) *Ibid.* 21 et 23. — (3) Cette circonstance, que l'action *in rem* peut être intentée même par le possesseur, est toute particulière, et demande des explications que nous donnerons plus tard. Voir sur ces actions Inst. 4. 6. § 2, et D. 7. 6. — 8. 5. (4) Voir ci-dessus, n° 461. — D. 8. 2. 35. f. Marcian.

il s'est produit plus tard, dans la progression historique des institutions, trois autres droits réels, qui sont des fractionnements ou des modifications notables de la propriété, et qui doivent être signalés ici pour compléter l'énumération des droits réels qu'on peut avoir quant aux biens.

Ces trois droits réels sont : le droit d'emphytéose (*jus emphyteuticarium*, ou simplement *emphyteusis*); le droit de superficie (*jus superficiarium*, ou seulement *superficies*); et le droit de gage ou hypothèque (*pignus* ou *hypotheca*). — Le premier appartient au droit civil, dans lequel il n'a pris naissance que peu à peu, d'une manière indirecte, par assimilation à des institutions déjà établies, et où il ne s'est dégagé bien déterminément, avec un caractère à lui entièrement propre, que dans les dernières époques du Bas-Empire, peu de temps avant Justinien. — Les deux autres sont de création prétorienne.

C'est à cause, sans doute, de cette origine tardive, ou étrangère au droit civil, que ces sortes de droits réels ne sont pas mis, dans les écrits de la jurisprudence romaine, sur le même niveau que la propriété et les servitudes. Les Instituts de Justinien, passant entièrement sous silence le droit prétorien de superficie, ne traitent du droit d'emphytéose qu'à l'occasion du contrat par lequel on convient de sa constitution (ci-dessous, liv. 3, tit. 24, § 3), et du droit de gage ou d'hypothèque qu'à l'occasion de l'action à laquelle ce droit donne naissance (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 7). Ce sera là, dans l'ordre du texte auquel nous devons nous conformer, que nous en traiterons avec détail, nous contentant d'en donner ici la notion générale.

511. L'emphytéose, considérée indépendamment des conventions qui la régissent, des obligations qui l'accompagnent, uniquement comme droit réel, est un démembrement particulier du droit de propriété, plus étendu que celui même d'usufruit, qui ne s'applique qu'aux immeubles, dans le principe aux biens ruraux seulement, et ensuite même aux édifices. On nomme emphytéote (*emphyteuta*, quelquefois *emphyteuticarius*, jadis *conductor*) celui qui a ce démembrement; et *prædium emphyteuticarium* (jadis *ager vectigalis*) l'immeuble qui en fait l'objet; celui à qui reste le surplus du droit de propriété conserve le titre de propriétaire (*dominus*).

L'emphytéote a, non-seulement comme l'usufruitier, le droit de retirer tous les services et tous les fruits de l'immeuble; mais il est possesseur; les fruits lui sont acquis par leur seule séparation du sol; il peut disposer de la substance de la chose, et y faire toutes les modifications qu'il lui plaît, pourvu qu'il ne la détériore pas. Il peut aliéner son droit et le transférer à autrui, soit de son vivant, soit même pour l'époque de son décès, toutefois sous de certaines réserves et de certaines conditions accordées au propriétaire. Enfin ce droit ne périt pas, comme celui d'usufruit, avec l'emphytéote;



mais il passe héréditairement à ses successeurs testamentaires ou *ab intestat*.

Le droit d'emphytéose se produit constamment avec diverses obligations personnelles à l'emphytéote, dont la principale est de payer au propriétaire, aux époques périodiques fixées, une certaine redevance qui se nomme *pensio* ou *canon*. Non-seulement cette redevance est due au *dominus* comme acquittement de l'obligation personnelle de l'emphytéote, mais encore comme conséquence du droit réel de propriété qu'il a conservé sur l'immeuble.

Le droit d'emphytéose se présente, en fait, chez les Romains, comme établi usuellement en exécution d'une convention particulière que les anciens jurisconsultes considéraient les uns comme une vente, les autres comme un louage, mais que l'empereur Zénon a investie d'une existence, d'un nom (*emphyteusis*) et d'une action (*emphyteuticaria actio*) exclusivement propres. Mais il faut bien remarquer que ce contrat n'a pas d'autre effet que celui ordinaire aux contrats, c'est-à-dire d'obliger les parties; il ne produit pas le droit réel d'emphytéose; pour que ce droit réel existe, il faut qu'il y en ait eu quasi-tradition.

Une fois que le droit réel d'emphytéose est établi, bien que l'emphytéote ne soit pas propriétaire, on lui accorde, pour la protection de ce droit, mais seulement sous la qualification d'actions utiles, les actions attribuées ordinairement aux propriétaires (*utilis vindicatio, utilis publiciana, utilis confessoria vel negatoria*, etc.) (1).

512. Le droit de superficie (*jus superficiarium*, ou seulement *superficies*) est un droit réel analogue à celui qu'a l'emphytéote sur le fonds emphytéotique, mais qui a pour objet seulement la superficie d'un terrain (*superficies*), c'est-à-dire toute construction élevée au-dessus. Le superficiaire (*superficiarius*) a ainsi, mais seulement quant à la superficie, un démembrement étendu de la propriété, et on lui accorde, pour cet objet, comme à l'emphytéote, sous la qualification d'actions utiles, les mêmes actions qu'à un propriétaire. —Cette concession peut lui être faite gratuitement ou à titre onéreux, à charge par lui de payer un prix une fois soldé, ou bien une redevance périodique (*solarium, pensio*). Il n'existe pas, pour de pareilles conventions, de contrat particulier, mais seulement les formes ordinaires des contrats; et remarquez bien que le contrat, ici comme à l'égard de l'emphytéose, n'a que son effet ordinaire, c'est-à-dire de produire des obligations entre les parties. Pour la constitution du droit réel, il faut qu'il soit suivi de la quasi-tradition. — Ce droit et la protection qui lui est

(1) Voir sur cette matière : Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*. — Cod. 4. 66. *De jure emphyteutico*. — Nov. 7. c. 3; et nov. 120.

accordée n'appartiennent pas au droit civil, mais sont d'origine prétorienne (1).

513. Le droit de gage ou hypothèque (*pignus* ou *hypotheca*), considéré non pas sous le rapport du contrat ou de la convention qui le constitue, mais uniquement comme droit réel, est un droit par lequel une chose se trouve affectée, pour sûreté, au payement d'une dette. — Ce droit peut avoir pour objet aussi bien les meubles que les immeubles, les choses incorporelles que les choses corporelles.

Les avantages qu'il confère au créancier gagiste ou hypothécaire sont : 1° le droit de faire vendre la chose pour être payé sur le prix (*jus vendendi seu distrahendi*); 2° le droit d'être payé sur le prix de préférence aux autres créanciers ; 3° le droit de suite contre les tiers détenteurs pour garantie et exercice des droits qui précèdent. — Entre diverses hypothèques, le droit de préférence se détermine par la date de leur établissement; le premier en date est le premier en rang : « *Potior tempore, potior jure.* » Toutefois, il est certaines hypothèques auxquelles, par exception, et indépendamment de leur date, un droit spécial de préférence a été accordé, qui prennent rang non pas d'après l'époque de leur établissement, mais d'après le degré de faveur dont elles jouissent, primant même les hypothèques établies avant elles. Les modernes ont donné aux hypothèques qui jouissent de cette préférence le titre d'hypothèques *privilégiées*, ou le nom de *priviléges* : dénominations cependant qui, chez les Romains, n'indiquent qu'un droit de préférence vis-à-vis des créanciers chirographaires (2).

Bien que sous le rapport du contrat ou de la convention qui servent à constituer le droit hypothécaire, on distingue le gage (*pignus*) de l'hypothèque (*hypotheca*), et qu'on réserve spécialement la première dénomination pour le cas où la chose affectée au payement de la dette est remise au créancier, tandis que la seconde s'emploie plus communément pour le cas où cette remise n'a pas eu lieu, cependant, quant au droit réel qui en résulte, les deux expressions sont entièrement synonymes, et c'est sous ce rapport qu'il est vrai de dire avec le jurisconsulte Marcianus : « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. »

Ce droit réel, d'origine et de sanction toute prétorienne, offre cette particularité bien remarquable, que la seule convention, sans aucune tradition ni quasi-tradition, suffit pour le constituer en qualité de droit réel.

Le créancier hypothécaire a, pour poursuivre l'exercice de son droit contre tout détenteur de la chose hypothéquée, une action réelle prétorienne, nommée *quasi-serviana*, et quelquefois aussi *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothe-*

(1) Voir Dig. 43. 18. *De superficiebus.* — (2) D. 23. 3. 74. f. Hermog.

caria, pignoratitia in rem, ou même simplement *pignoratitia actio,* bien que ce dernier nom soit spécialement réservé à l'action personnelle qui a pour objet la poursuite des obligations nées du contrat de gage (1).

TITULUS VI. — TITRE VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS POSSESSIONIBUS. — DES USUCAPIONS ET DES POSSESSIONS DE LONG TEMPS.

514. Le texte passe ici aux moyens d'acquérir d'après le droit civil : et d'abord il examine ceux par lesquels on acquiert des objets particuliers.

L'usucapion était dans le droit primitif au nombre des moyens civils d'acquérir le domaine romain. Nous l'avons suffisamment fait connaître (nos 297, 316 et suivants), pour n'avoir plus à y revenir; nous nous rappellerons seulement qu'elle avait deux effets principaux : celui de donner le domaine d'une chose qu'on avait reçue de bonne foi de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire, et celui de donner le domaine d'une chose qui, étant *res mancipi,* et ayant été livrée par la seule tradition, était seulement entrée *in bonis.*

515. Le sol provincial (sauf les territoires qui avaient obtenu par faveur spéciale le *jus italicum*) ne participant pas au droit civil, et n'étant pas même susceptible de propriété privée, puisqu'il était censé appartenir au peuple ou à César, l'usucapion y était inapplicable. On ne pouvait pas devenir propriétaire par la possession d'un terrain qui rigoureusement n'était pas susceptible de propriété. Dans ces conjonctures, les préteurs, par leurs édits provinciaux, introduisirent pour ces immeubles, et les empereurs confirmèrent par leurs constitutions (2), non pas un moyen d'acquisition par la possession, mais ce qu'on nomma une prescription de long temps (*præscriptio longi temporis*), accordée au bout de dix ans de possession entre présents, et de vingt ans entre absents.

516. Des différences saillantes séparaient l'usucapion de la prescription : 1° L'usucapion était un moyen d'acquérir le domaine (*capio usu;* acquisition par l'usage, c'est-à-dire par la possession); en conséquence, au bout du temps fixé, un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles, on était propriétaire, on avait le droit de vendiquer la chose contre tout possesseur. La prescription, au contraire, n'était pas un moyen d'acquérir, elle était seulement un moyen de repousser l'action du propriétaire (3); si ce dernier vendiquait sa chose dans le délai, il fallait la lui restituer; mais, le

---

(1) Voir ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 7. — (2) DIG. 18. 1. 76. f. Paul.

(3) Rigoureusement, il n'y avait pas de propriétaire, puisqu'il s'agit du sol provincial; mais nous savons que les possessions provinciales, sans être véritablement la propriété, étaient protégées d'une manière à peu près équivalente. (Voy. t. I, *Génér.* nos 118 et 133; — Et ci-dessus, p. 332, à la note.)

délai passé, on repoussait son action par la prescription. Ainsi, cette *prescription* produisait à peu près le même effet qu'une *exception;* elle fut plus tard convertie en exception, et nous voyons les jurisconsultes Paul, Ulpien et autres employer indifféremment ces deux mots dans cette matière (1). Il suit de là que celui qui avait la possession de long temps ne pouvait, selon le droit civil, intenter l'action en vendication; cependant il obtenait du droit honoraire une action prétorienne (2). — 2° L'usucapion donnait le domaine de la chose avec les charges dont elle était grevée. Si un créancier avait sur elle un droit de gage ou d'hypothèque, il le conservait après l'usucapion (3). La prescription, au contraire, pouvait être opposée non-seulement au propriétaire, mais à celui qui, ayant un droit sur la chose, comme un droit de gage ou d'hypothèque, ne l'avait pas exercé (4). — 3° L'usucapion n'était

(1) Il y a dans l'origine une différence entre les *prescriptions* et les *exceptions*. On nommait *prescriptions* (de *præ scribere*) certaines restrictions, mises au commencement de la formule adressée au juge par le préteur. Ces restrictions étaient mises à la requête soit du demandeur, soit du défendeur. Celles mises pour le demandeur avaient pour but de restreindre sa demande aux seules choses qu'il avait actuellement le droit de demander, et d'indiquer au juge qu'il ne devait pas s'occuper des autres. Par exemple, quand une partie seulement de la dette était échue, la prescription était ainsi conçue : *Ea res agatur, cujus rei dies fuit;* venait ensuite le reste de la formule. Les prescriptions mises d'après la demande du défendeur avaient pour but d'indiquer au juge certains cas dans lesquels il ne devait pas même examiner l'affaire; Gaius nous en offre un exemple : telle devait être la prescription de la possession de long temps. Quand le propriétaire vendiquait sa chose, la formule de l'action devait porter à peu près cette prescription : *Ea res agatur, cujus non est possessio longi temporis*. Il y avait donc cette différence entre une *prescription* et une *exception* mise pour le défendeur, que la prescription, si le cas sur lequel elle était fondée était vrai, dispensait même de s'occuper de l'affaire, tandis que l'exception exigeait qu'on l'examinât, puisqu'il fallait voir, par exemple, s'il y avait dol, violence, pacte postérieur, etc.; l'une était mise au commencement, l'autre à la fin de la formule. Plus tard, et déjà sous Gaius, les prescriptions mises pour le défendeur furent converties en des espèces d'exceptions et ne furent insérées dans la formule que comme telles (voir sur toutes ces notions Gaius, qui nous les a révélées, comm. 4. §§ 130 et suiv.); plus tard encore, mais selon toute probabilité, antérieurement encore à la suppression des formules, les prescriptions mises pour le demandeur furent à leur tour supprimées et durent donner lieu à des exceptions contre le demandeur, lorsqu'il demandait ce qui n'était pas encore dû, pas encore échu. Ce fut ainsi que dès lors les mots *prescriptions* et *exceptions* se trouvèrent entièrement confondus; et voilà pourquoi nous les voyons au Code indiqués comme synonymes dans un titre : *De exceptionibus seu præscriptionibus* (Dig. 44. 1. — Code 8. 36).

(2) Je ne crois pas qu'on puisse positivement conclure ce fait du fragment du Digeste (8. 5. 10), où il s'agit de la longue possession toute particulière des servitudes: mais il n'en est pas moins certain; Justinien nous le dit positivement (Code 7. 39. 8). Le possesseur avait même, avant que le temps prescrit fût révolu, l'action *publicienne*, espèce de vendication prétorienne. — (3). D. 41. 3. 44. § 5. f. Papin. — (4) D. 44. 3. 12. f. Paul. Les conditions de la prescription doivent s'apprécier séparément vis-à-vis du propriétaire et vis-à-vis du gagiste, ainsi que l'explique fort bien notre savant collègue, M. Accarias (*Précis de droit romain*, tom I, pag. 551 et 552). — Quant aux servitudes, à l'usufruit, etc., comme ces droits se perdaient par le non-usage, si celui qui les

pas interrompue par l'action du propriétaire, de sorte que si elle s'achevait pendant le procès, avant la sentence, le domaine était acquis, et cela parce que l'usucapion était l'acquisition par l'usage, et que l'usage avait continué jusqu'au jour de la sentence (1). La prescription, au contraire, étant un moyen à opposer à l'action, se trouvait interrompue si, au moment de la procédure où elle aurait dû être opposée, le défendeur n'avait pas encore le temps de possession exigé pour constituer cette prescription (2).

517. A l'époque de Justinien, tout le territoire de l'empire participe au même droit : il n'y a plus de différence entre le sol italique et le sol provincial. Les différences entre l'usucapion et la prescription ne peuvent donc plus subsister. — Justinien confond en un seul tout, et modifie l'une par l'autre ces deux institutions, attribuant des caractères de l'une et de l'autre au nouveau droit qu'il crée. Nous passons à l'examen de ces changements.

Jure civili constitutum fuerat ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave quavis justa causa acceperit : is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio, tantum in italico solo, usucaperet, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora; nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter præsentes, decennio; inter absentes, viginti annis usucapiantur; et his modis, non solum in Italia, sed etiam in omni terra quæ nostro imperio gubernatur, dominia

D'après le droit civil, si, par suite d'une vente, d'une donation ou de toute autre juste cause, quelqu'un avait de bonne foi reçu une chose d'une personne qu'il en croyait propriétaire, mais qui ne l'était pas, cette chose devait lui être acquise par l'usage d'un an en tous pays si elle était mobilière, de deux ans, mais seulement pour le sol de l'Italie, si elle était immobilière; et cela, pour que le domaine ne restât pas dans l'incertitude. Ainsi l'avait voulu l'antiquité, pensant que ces délais suffisaient aux maîtres pour rechercher leurs propriétés. Pour nous, adoptant, comme un avis plus sage, qu'il ne faut pas dépouiller trop promptement les propriétaires, ni renfermer ce bénéfice dans une seule localité, nous avons promulgué sur cette matière une constitution qui ordonne que les choses mobilières seront acquises par l'usage de trois ans, les choses immobilières par la possession de long

---

avait négligeait d'en user, ils se trouvaient perdus pour lui; si au contraire il continuait d'en jouir, il les conservait, soit qu'il s'agît, pour le possesseur, d'usucapion, soit qu'il s'agît de prescription.

(1) D. 41. 4. 2. § 21. f. Paul. — 41. 6. 2. f. Marcell. — 6. 1. 17. f. Ulp., et 18. f. Gaius. — Théoph. Paraph. liv. 3, tit. 18. § 1. — Dig. 4. 6. 23. § 4.

(2) Cod. 7. 33. 10. Dioclet. et Max. Ce n'était point par la citation, par l'appel *in jure*, que la prescription était interrompue, c'était seulement par ce qu'on nommait *litis contestatio;* de sorte que, si, au moment de cette *contestatio*, les dix ou vingt ans étaient expirés, bien qu'ils ne le fussent pas encore au moment où l'appel *in jure* avait eu lieu, on pouvait opposer la prescription. Ce qui est une preuve certaine de plus que la *litis contestatio* était cette partie de la procédure dans laquelle, devant le préteur (*in jure*), après les débats entre les plaideurs proposant leurs demandes, leurs prescriptions, leurs exceptions, la formule était arrêtée et délivrée par le préteur.

rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

temps; c'est-à-dire de dix ans entre presents, vingt entre absents; et que ces moyens d'acquérir le domaine par la possession fondée sur une juste cause s'appliqueront non-seulement en Italie, mais dans tous les pays soumis à notre empire.

518. Il résulte de ces changements que ni l'ancienne usucapion ni la prescription prétorienne ne sont, à proprement parler, conservées sous Justinien. Cependant on applique dans son système le mot d'usucapion à l'acquisition des meubles, et celui de prescription à celle des immeubles (1); pour nous, il nous arrivera quelquefois d'employer indifféremment l'un et l'autre, et plus souvent encore le terme général d'acquisition par la possession. Nous passons à l'examen des choses susceptibles d'être acquises par ce moyen. (App. 3, liv. 2.)

I. Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possiderit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit; veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel *servum fugitivum* possideat.

1. Quelquefois cependant, bien qu'on possède avec une entière bonne foi, on ne peut, par aucun temps de possession, acquérir la propriété. Tel est le cas où l'on possède un homme libre, une chose sacrée ou religieuse, un *esclave fugitif*.

519. *Servum fugitivum*. L'esclave fugitif ne peut être acquis par la possession, parce qu'il est considéré comme s'étant en quelque sorte volé à son maître: *sui furtum facere intelligitur* (2).

II. Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex Duodecim Tabularum et *lex Atinia* inhibent usucapionem; vi possessarum, *lex Plautia et Julia*.

2. Les choses volées ou occupées par la violence ne peuvent être acquises par l'usage, même lorsqu'elles ont été possédées de bonne foi pendant tout le temps ci-dessus prescrit; car l'usucapion en est prohibée : par la loi des Douze Tables et par la loi *Atinia* pour les choses volées; par la loi *Plautia et Julia* pour les choses occupées par violence.

520. *Lex Atinia*. C'est un plébiscite que l'on conjecture avoir été rendu sous la république, sur la proposition du tribun *Atinius Labéon* (an 557 de Rome; 197 ans avant Jésus-Christ); il existait déjà du temps de Cicéron (3). Ce plébiscite, d'après les fragments du Digeste qui en parlent, paraît avoir développé la disposition des Douze Tables, et décidé positivement que les choses volées pourraient être acquises par usucapion, lorsqu'elles seraient revenues dans les mains du propriétaire (4). Aulu-Gelle nous a conservé les termes de la disposition principale : « Legis veteris Atiniæ verba sunt : Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto (5). »

521. *Lex Julia et Plautia*. La loi Plautia est un plébiscite

(1) Voir ci-après le § 12. — (2) D. 47. 2. 60. f. Afric. — (3) Cicer. *in Verr.* 1. 42. — (4) D. 41. 3. 4. § 6. — 50. 16. 215. f. Paul. — (5) Aul. Gell. *Noct. att.* 17. 7.

rendu sur la proposition du tribun M. Plautius, à la fin de la guerre sociale, peu de temps avant la guerre civile (an 665 de Rome; 59 ans avant Jésus-Christ). Quant à la loi *Julia*, si elle est différente, ce peut être le plébiscite dont parlent les Instituts (liv. 4, tit. 18, § 8), *lex Julia de vi publica seu privata*, dont on ignore la date précise, mais qu'on place à peu près au milieu du règne d'Auguste (an 746 de Rome). Les dispositions particulières de ces lois étaient nécessaires, parce que la loi des Douze Tables et la loi *Atinia* n'avaient réglé que le cas de vol; or, le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui dans l'intention d'en profiter (1), et les immeubles ne pouvant être soustraits, ni par conséquent volés, il fallait une décision spéciale pour le cas où ils auraient été envahis par violence.

III. Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident), sed ne nullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendit, vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit.

3. Lorsqu'on dit que l'usucapion des choses volées ou occupées par violence est prohibée par les lois, cela ne signifie point que le voleur lui-même, ou celui qui possède par violence, ne peuvent acquérir par l'usage (car, pour eux, c'est une autre raison qui empêche l'usucapion, c'est qu'ils possèdent de mauvaise foi); mais nul autre quelconque, bien qu'il ait, de bonne foi, acheté ou reçu d'eux pour une juste cause, n'aura le droit d'usucapion. Aussi, pour les choses mobilières, n'arrive-t-il pas souvent que le possesseur de bonne foi puisse acquérir par la possession, car toutes les fois que sciemment on a vendu ou livré pour toute autre cause la chose d'autrui, il y a vol.

522. Le sens paraphrasé de ce paragraphe est celui-ci : lorsqu'une chose a été volée ou occupée par violence, dans quelques mains qu'elle passe ensuite, et quelle que soit la bonne foi des possesseurs, elle ne peut être acquise par usucapion. Or, pour les choses mobilières, comme on met au rang des choses volées celles qui ont été vendues ou livrées par quelqu'un qui savait n'en pas être propriétaire, et comme en remontant jusqu'au vendeur primitif, il sera rare de trouver des cas où celui-ci ignorât que la chose ne fût point à lui, l'usucapion ne pourra presque jamais avoir lieu. Cependant, après avoir fait cette objection, le texte la résout dans les paragraphes suivants, par des exemples dans lesquels le vendeur primitif lui-même est de bonne foi.

IV. Sed tamen id aliquando aliter se habet : nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut do-

4. Cependant il en est quelquefois autrement : en effet, si un héritier, prenant pour un bien de l'hérédité une chose prêtée, louée au défunt, ou déposée chez lui, la livre pour cause de

(1) INST. 4. 1. 1.

naverit, aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit dubium non est : quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit.

vente, de donation ou de dot, à quelqu'un qui la reçoit de bonne foi, nul doute que ce dernier ne puisse l'acquérir par l'usage, car cette chose n'est pas entachée du vice de vol, l'héritier qui de bonne foi l'a aliénée comme sienne n'ayant commis aucun vol.

V. Item, si is ad quem ancillæ usus-fructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit, aut donaverit, furtum non committit : furtum enim sine affectu furandi non committitur.

5. De même, si l'usufruitier d'une esclave, croyant que l'enfant dont elle accouche lui est acquis, le vend ou le donne, il ne commet point un vol; car il n'y a jamais vol sans intention de voler.

523. Ce qui caractérise le vol, comme le plus grand nombre des délits, c'est l'intention coupable; ainsi, l'erreur de l'usufruitier, bien que ce soit une erreur de droit insuffisante pour lui donner des avantages qu'il n'a pas, suffit pour purger son action de toute criminalité, et pour empêcher, en conséquence, qu'il ne puisse être poursuivi comme voleur, et que la chose ne soit considérée comme volée.

VI. Aliis quoque modis accidere potest ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat ut a possessore usucapiatur.

6. Il peut arriver d'autres cas encore où, sans commettre de vol, on transfère à quelqu'un la chose d'autrui, et où le possesseur, par conséquent, acquière par l'usage.

Comme si de bonne foi, croyant être héritier, on vend les choses héréditaires (1); si l'on possède un objet dans la persuasion que le propriétaire l'a abandonné (2), etc.

VII. Quod autem ad eas res quæ solo continentur, expedius procedit, ut si quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur, qui, quamvis ipse mala fide possidet quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri; quia neque furtivum neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum qui res soli possederint, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.

7. Quant aux immeubles, il arrive plus facilement qu'un lieu se trouvant vacant, soit par l'absence ou la négligence du propriétaire, soit parce que ce propriétaire est mort sans successeur, quelqu'un en prenne possession sans violence. Bien que ce possesseur soit de mauvaise foi, puisqu'il n'ignore pas qu'il s'est emparé du fonds d'autrui, cependant s'il livre le fonds à quelqu'un qui le reçoive de bonne foi, ce dernier pourra acquérir par usucapion, parce qu'il a reçu une chose qui n'était ni volée ni possédée par violence. On a rejeté en effet l'opinion de quelques anciens qui pensaient qu'il peut y avoir vol même pour des fonds, pour un terrain; et des constitutions impériales pourvoient à ce que nul possesseur d'immeubles ne puisse être dépouillé d'une possession longue et non équivoque.

524. Le sens de ce paragraphe, longuement expliqué par

(1) D. 41. 3. 36. § 1. f. Gaius. — (2) D. 41. 7. 4. f. Paul.

Théophile, est du reste fort clair : il découle de ce que les immeubles, quelle que soit la mauvaise foi de celui qui les détient, ne sont jamais considérés comme volés, parce que tout vol emporte l'idée d'une soustraction, d'un déplacement. Toutes les fois donc qu'il n'y a pas violence pour un immeuble, il n'y a pas vice qui empêche l'usucapion des possesseurs de bonne foi.

525. Justinien, par une novelle rendue en 542, modifia la règle exposée ici. Dans cette novelle, il décide que, si le possesseur primitif de l'immeuble était de mauvaise foi, celui qui de bonne foi acquerra de lui ne pourra prescrire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, si ce n'est dans le cas où le véritable propriétaire aurait gardé le silence, quoiqu'il connût bien ses droits de propriété et la vente de la chose; mais s'il les ignorait, l'acquéreur ne prescrira que par trente ans (1).

VIII. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

8. Quelquefois même une chose volée ou envahie par violence peut être acquise par l'usage; par exemple, si elle est rentrée au pouvoir du propriétaire; alors, en effet, le vice purgé, l'usucapion peut avoir lieu.

526. Cette disposition, comme nous l'avons déjà dit, paraît avoir été spécialement réglée par la loi *Atinia*. La chose une fois rentrée au pouvoir du maître, le vice primitif est purgé, et si elle en sort de nouveau sans vol ni violence, elle pourra être acquise par le possesseur de bonne foi. Mais il faut qu'elle soit rentrée au pouvoir du véritable propriétaire : ainsi, volée à un emprunteur, elle doit être revenue au prêteur; il faut de plus que le maître l'ait recouvrée comme une chose lui appartenant, car si, ne sachant point que c'est la chose qui lui a été volée, il l'achète, elle n'est pas censée rentrée en son pouvoir (2). Enfin, le texte, par cette expression *veluti*, indique qu'il est d'autres cas où le vice peut se trouver purgé. En effet, il l'est encore si le maître a, depuis le vol, vendu la chose au voleur ou au possesseur; ou bien si, satisfait d'une manière quelconque, il a consenti à ce que la chose fût livrée en d'autres mains (3).

IX. Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, *bonis vacantibus* fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

9. Les choses de notre fisc ne peuvent être acquises par l'usage; mais Papinien a écrit que si, avant que *les biens vacants* soient dénoncés au fisc, un acheteur de bonne foi reçoit quelque chose de ces biens, il pourra l'acquérir par l'usage. Et c'est ainsi que l'ont décidé des rescrits d'Antonin le Pieux, et de Sévère et Antonin.

---

(1) NOVELL. 119. ch. 7. Nous verrons bientôt que cette prescription de trente ans s'applique même aux choses volées ou enlevées par violence. — (2) D. 41. 3. 4. § 6 à 12. f. Paul. — (3) *Ibid.* §§ 13 et 14; *ibid.* 32. f. Pomp.

527. *Bonis vacantibus*. On entend par là les biens qui composent les successions en déshérence. Ces biens appartiennent de plein droit au fisc, mais ils ne sont considérés comme entrés dans son patrimoine qu'au moment où ils ont été dénoncés par les agents préposés à cet effet. Ce n'est aussi qu'à partir de ce moment qu'ils commencent à n'être plus susceptibles d'être acquis par l'usage.

X. Novissime sciendum est rem talem esse debere, ut in se *non habeat vitium*, ut a bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

10. Enfin, il faut savoir que la chose ne doit être *entachée d'aucun vice*, pour que l'acheteur de bonne foi, ou celui qui la possède pour toute autre juste cause, puisse l'acquérir par la possession.

528. *Non habeat vitium*. Le mot de vice est pris ici relativement à l'usucapion, et désigne toute qualité qui empêcherait la chose de pouvoir être acquise par l'usage. Ainsi elle ne doit être ni sacrée, ni religieuse, ni volée, ni occupée par violence, etc.

Aux objets dont le texte vient de s'occuper il faut joindre encore, comme n'étant susceptibles ni d'usucapion ni de prescription, dans le dernier état du droit, les immeubles qui appartiennent aux églises (1), les biens des pupilles, ou même des mineurs de vingt-cinq ans (2); de tout temps, les biens dotaux, pour lesquels la prescription ne peut avoir lieu, quoiqu'elle continue à courir si elle avait commencé avant le mariage (3), et en général les choses qui ne peuvent être aliénées.

Quant aux objets incorporels, nous avons déjà traité la question relativement aux servitudes, n° 463, et enfin quant à ce qui regarde les prescriptions afin de se libérer des différentes actions auxquelles on peut être soumis, il faut bien se garder de les confondre avec la matière que nous traitons ici. Nous verrons plus loin (liv. 4, tit. 12) quel a été sur ce point le droit des Romains.

529. Nous passons aux conditions nécessaires pour que l'acquisition par l'usage puisse avoir lieu. Ces conditions sont : la possession fondée sur une juste cause, acquise avec bonne foi, et continuée pendant le temps voulu.

530. Quant à la possession, il s'agit, non pas de celle qui est purement physique, mais de la possession civile que nous avons déjà définie n°s 348 et suiv.

531. Quant à la juste cause de cette possession, il résulte de ce que nous avons dit n° 418 qu'il faut entendre par là un contrat ou un fait quelconque, conforme au droit (*justa*), par suite duquel la possession a été reçue ou prise dans le but d'acquérir la propriété. C'est ce que les textes nomment quelquefois aussi juste titre (*justus titulus*), quoique cette expression paraisse plus récente (4).

(1) Nov. 111. cap. 1. — (2) D'après les Basiliques, il faut lire dans le texte de Paul, D. 41. 1. 48. pr., *populi* au lieu de *pupilli*. — Cod. 2. 41. 5. — (3) Dig. 23. 5. 16. f. Tryph. pour les immeubles. — Cod. 5. 30. pour les meubles et les immeubles. — (4) D. 41. 9. 1. f. Ulp. — Cod. 3. 32. 24. — 7. 33. 4, etc.

La possession ainsi précédée d'une juste cause a pour but de produire la propriété; mais ce but peut n'être pas rempli, soit parce que celui par qui la possession a été livrée n'était pas propriétaire, soit parce que celui à qui elle a été livrée n'y avait aucun droit, soit parce que la chose n'était pas de nature à être acquise par la seule possession : dans tous ces cas s'appliquera la prescription.

On ne s'arrête vulgairement qu'au premier cas, celui où la chose a été reçue de quelqu'un qui n'était pas propriétaire; mais il faut bien remarquer que le vice qui rend la prescription nécessaire peut provenir ou de celui qui livre, ou de celui à qui on livre, ou de la chose elle-même.

Le Digeste expose dans une série de titres séparés les principaux événements qui produisent une juste cause de possession. Tels sont ceux dans lesquels on possède : *Pro emptore* (comme acheteur), par suite d'une vente valable dans laquelle on a payé ou satisfait le vendeur, ou reçu un terme pour le payement; —*Pro donato* (comme don), par suite d'une donation soit entre-vifs, soit à cause de mort;—*Pro dote* (comme dot), lorsqu'on a reçu les choses en dot dans un mariage;—*Pro soluto,* lorsqu'on a reçu la chose en payement; —*Pro derelicto,* lorsqu'on s'est emparé d'une chose abandonnée. Dans tous ces exemples, si celui par qui la chose a été vendue, donnée, constituée en dot, livrée en payement ou abandonnée, n'était pas propriétaire, la propriété n'a pas été acquise sur-le-champ, mais il y a titre pour prescrire (1).— L'usucapion a lieu par la possession *pro legato,* lorsqu'on a reçu la chose par suite d'un legs, le testateur l'ayant léguée comme sienne, tandis qu'elle était à autrui, ou bien le legs étant révoqué par des codicilles inconnus, ou bien une erreur de nom ayant fait croire qu'on était légataire, tandis que c'était un autre (2). Dans ces deux derniers cas, on voit que ce qui empêche la propriété d'être acquise sur-le-champ, c'est que celui qui reçoit la chose n'y a pas droit.—Enfin, passant sous silence plusieurs autres justes causes, nous nous arrêterons à la possession que l'on nomme *pro suo;* elle a lieu en général dans tous les cas où l'on possède comme propriétaire. Ainsi celui qui possède comme acheteur, comme donataire, comme légataire, etc., possède *pro suo;* mais cette dénomination est spécialement employée pour désigner la possession des fruits que l'on a perçus de bonne foi, ou celle des choses *nullius,* telles que l'alluvion, les bêtes sauvages dont on s'est emparé (3). Si de bonne foi on a pris comme sauvage un animal ayant l'habitude d'aller et de revenir, on n'en a point acquis la propriété, parce que la chose n'est pas de nature à être acquise par la seule possession; mais on le possède *pro suo,* et

(1) D. 41. tit. 4, tit. 6, tit. 7, tit 8. f. 46, tit. 9. — (2) D. 41. 8. 4. f. Paul. — (3) Dig. 41. 10. — Voir l'énumération de toutes ces causes de possession, D. 41. 2. 3. § 21. f. Paul.

l'usucapion peut avoir lieu. — Il est aussi une possession *pro herede*, en qualité d'héritier; *pro possessore*, en qualité de possesseur de biens; mais elle ne peut en général servir à l'usucapion. Cependant cette règle demande quelques distinctions qu'il serait trop long de faire ici.

532. Quant à la bonne foi, elle a lieu lorsque le possesseur ignore complétement le vice de son acquisition; mais cette erreur ne constitue la bonne foi que lorsqu'elle porte sur des faits, lorsqu'on ignore, par exemple, que le vendeur n'est point propriétaire, qu'il est encore impubère, que le legs est révoqué, etc. Quant à l'erreur de droit, elle ne peut servir à l'usucapion, comme si l'on a acheté de celui qu'on savait impubère, croyant que la loi lui permettait d'aliéner (1). Il en est de même de l'erreur grossière, ou de celle qui ne provient que de la négligence à prendre les informations nécessaires (2).—La bonne foi n'est exigée qu'au moment où la possession commence, parce que c'est de ce moment seul qu'on serait devenu propriétaire, si le vice que l'on ignorait n'eût point existé (3). Cependant, par une exception toute spéciale, qui provenait peut-être d'un souvenir des anciennes ventes *per mancipationem*, pour la vente on demandait qu'il y eût bonne foi au moment de l'achat et à celui de la tradition (4); mais il n'était dans aucun cas nécessaire, comme pour l'acquisition des fruits, que la bonne foi continuât après la première mise en possession (5). En effet, on ne pouvait raisonnablement, surtout dans les acquisitions à titre onéreux, reprocher à l'acquéreur de garder la chose tant qu'on ne la lui redemandait pas, puisqu'il l'avait reçue de bonne foi, et qu'il en avait payé la valeur. Le principe était appliqué même aux acquisitions gratuites (6).

533. Ici se présente une question fort grave : la juste cause et la bonne foi sont-elles deux conditions distinctes, toutes les deux indispensables? ou bien la juste cause n'est-elle demandée que comme un moyen de prouver la bonne foi, de telle sorte que l'usucapion pût avoir lieu s'il y avait réellement bonne foi, bien qu'il n'existât pas de juste cause? Cette question paraît avoir été fortement controversée chez les Romains. Le texte, dans le paragraphe suivant, la résout en décidant qu'il faut toujours qu'une juste cause existe en réalité.

XI. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit; veluti si quis cum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

11. Mais l'erreur qui repose sur une cause fausse ne produit point l'usucapion; comme si quelqu'un possède dans la croyance qu'il a acheté, qu'il a reçu en don, tandis qu'il n'y a réellement eu aucun achat, aucune donation.

(1) « Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse : facti vero ignorantiam prodesse constat » (D. 22. 6. 4. f. Pomp.). — 41. 3. 31. pr. — 41. 4. 2. § 15. f. Paul. — (2) D. 22. 6. 6. f. Ulp., et 9. § 2. f. Paul. — (3) D. 41. 3. 15. § 3; 43. pr.; 45. § 1. — Cod. 7. 31. — (4) D. 41. 3. 48. — 41. 4. 2. pr. Voir toutefois 41. 3. 10. — (5) D. 41. 1. 48. § 1. f. Paul. — (6) Justinien nous le dit Cod. 7. 31. 1; on pourrait croire cependant que c'est une innovation de lui.

Plusieurs textes confirment positivement cette décision (1). Cependant elle ne paraît admise dans la législation de Justinien que comme une règle générale qui souffre quelques exceptions : par exemple, si vous m'avez livré une chose qui n'était pas à vous, croyant me la devoir, et que je l'aie reçue, croyant qu'elle était à vous et que vous me la deviez, tandis qu'en réalité vous ne me la deviez pas, la cause pour laquelle la tradition a été faite est fausse; cependant, si mon erreur était excusable, j'acquerrai par usucapion (2); de même, si je possède une chose croyant qu'elle a été achetée par mon procureur (3).

534. Quant au temps (fixé par Justinien : pour les objets mobiliers, à trois ans; pour les immeubles, à dix ans entre présents, et vingt ans entre absents), il suffit de dire qu'on le compte par jour et non par heure (4); que la prescription court entre présents lorsque le possesseur et le propriétaire ont leur domicile dans la même province, sans avoir égard au lieu où la chose se trouve, parce que, pour intenter les actions, ce lieu est indifférent en droit romain; que, si le possesseur et le propriétaire ne sont pas domiciliés tous deux dans la même province, la prescription court entre absents (5); que, s'il y a eu partie absence, partie présence, il faut compter deux jours d'absence comme ne valant qu'un jour de présence (6).

535. Il ne reste plus sur ce sujet qu'à examiner, avec le texte, dans quels cas on peut joindre à son temps de possession celui du possesseur antérieur.

XII. Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio *similiter in usucapionibus* observari constituit ut tempora continuentur.

12. La longue possession qui avait commencé à compter au défunt se continue pour l'héritier et pour le possesseur des biens, quand même ils sauraient que l'immeuble est à autrui. Mais lorsque, dans le principe, le défunt était de mauvaise foi, la possession ne sert en rien à l'héritier ni au possesseur des biens, même de bonne foi. C'est ce que notre constitution ordonne *pour l'usucapion*, où la possession doit également se continuer.

Ce paragraphe est relatif aux successeurs universels, qui, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, ont reçu l'universalité ou une part de l'universalité des biens du défunt comme continuateurs de sa personne. Ces successeurs, qui possèdent *pro*

(1) D. 41. 3. 27. — 41. 4. 2. § 6. — 41. 6. 1. *princ.* — 41. 7. 6. — (2) D. 41. 3. 48. — 41. 4. 2. pr. f. Paul. — 41. 10. 3. — Il est vrai qu'ici il n'y a pas seulement la croyance, mais bien l'apparence d'une juste cause. — (3) D. 41. 4. 11. f. Afric. — (4) D. 41. 3. 6 et 7. f. Ulp. — (5) Des difficultés étaient élevées sur ce point dans l'ancienne jurisprudence; ce sont ces difficultés que Justinien veut lever dans la constitution 12, au Code, liv. 7, tit. 33. — (6) Nov. 119. cap. 8.

herede, pro possessore, la masse universelle qui leur est échue, ne tiennent pas chaque objet particulier de cette masse en vertu d'une cause nouvelle qui leur donne personnellement droit à la prescription; mais continuant la personne du défunt, étant censés, en ce qui regarde l'hérédité civile ou prétorienne, avoir fait tous les contrats et tous les actes du défunt, ils ne sont que les continuateurs de sa possession : si celui-ci possédait *pro emptore, pro donato, pro dote*, ils possèdent au même titre; si celui-ci était de bonne ou de mauvaise foi dans le principe, leur possession a une origine juste ou vicieuse; en conséquence, ils prescrivent ou ils ne prescrivent pas, quelle que soit leur opinion personnelle; puisque relativement à la bonne foi, c'est l'origine seule de la possession qu'il faut considérer. C'est en ce sens que l'on dit que la possession *pro herede, pro possessore*, ne peut, relativement aux objets particuliers, servir de fondement à l'usucapion (1).

Similiter in usucapionibus. Ce passage, ainsi que le paragraphe de Théophile, pourrait faire croire que jadis, dans l'usucapion des meubles, la possession du défunt n'était pas continuée par l'héritier, et que Justinien le premier l'a ainsi ordonné. Telle est l'opinion de quelques auteurs; Cujas pense que le passage est transposé; mais il peut s'expliquer comme l'a fait Vinnius, en disant que Justinien et Théophile parlent de l'usucapion nouvelle, introduite par l'empereur, qui a lieu par trois ans d'usage.

XIII. Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt.

13. Entre le vendeur et l'acheteur il faut aussi joindre les deux possessions, d'après un rescrit de Sévère et Antonin.

536. Il s'agit ici des successeurs particuliers qui ont reçu par vente, donation, legs, etc., un ou plusieurs objets, même des universalités, mais sans continuer la personne de leur prédécesseur. Un pareil successeur commence pour lui-même une possession nouvelle fondée sur une nouvelle cause, *pro emptore, pro donato, etc.*; s'il est personnellement de bonne ou de mauvaise foi, sa possession est juste ou vicieuse dans son principe, en conséquence il prescrit ou ne prescrit pas, quelle que fût du reste l'opinion de son auteur, c'est-à-dire de celui de qui il tient la chose. Mais si tous deux étant de bonne foi, chacun a prescrit de son côté, le temps du premier doit être réuni à celui du second, et ainsi de suite (*conjungi tempora*). Telle est la disposition du rescrit des empereurs. C'est ce qui se nomme *accessio possessionum* (2).

537. La prescription, sous Justinien, prend, quant aux effets, le caractère de l'usucapion. Soit donc qu'il s'agisse de meubles, soit d'immeubles, le possesseur, après le temps voulu, devient pro-

(1) « Hoc et in bonorum possessione, et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur, caeterisque praetoriis successoribus observatum est. » (D. 41. 4. 2. § 19.) — (2) Dig. 44. 3. *De diversis temporalibus praescriptionibus, et de accessionibus possessionum.* 14 et suiv.

priétaire ; non-seulement il peut repousser par la prescription l'ancien maître qui réclame la chose, mais lui-même a contre tout possesseur l'action en revendication (1). Quant aux droits de servitude, d'usufruit, de gage, etc., ils sont éteints si les personnes à qui ces droits appartiennent, ne les ayant pas exercés, ont laissé posséder la chose comme libre (2).

538. Nous arrivons aux moyens dont l'usucapion ou la prescription sont interrompues ; cette interruption se nomme, chez les Romains, usurpation : « *usurpatio est usucapionis interruptio* (3). » Elle a lieu naturellement, lorsque, par un événement quelconque, celui qui possédait perd la possession : par exemple, quand il est violemment expulsé de l'immeuble, ou lorsque l'objet mobilier lui est enlevé, soit par le propriétaire, soit par tout autre (4) ; de même, quand le terrain est envahi par la mer ou par un fleuve public qui change de lit (5) ; ou bien encore quand le possesseur tombe au pouvoir de l'ennemi, car, bien que ces droits soient en suspens et doivent lui être restitués à son retour par l'effet du *postliminium*, cette suspension, comme nous l'avons déjà dit (p. 127, note 1), ne s'applique pas aux choses qui consistent en faits, et telle est la possession (6). Une interruption très-remarquable aussi est celle qui a lieu lorsque le véritable propriétaire se trouve détenir la chose par un droit quelconque : par exemple, parce qu'il l'a achetée, reçue en gage ou à bail (7). Dans tous les cas, l'interruption rend inutile la possession antérieure (8). — Quant à l'interruption de droit, que l'on nomme civile, Justinien adopte la règle observée jadis pour la prescription : toute acquisition par possession sera interrompue par l'action du véritable propriétaire (9) ; et cela, dès l'instant où la controverse sera élevée, et non plus à partir seulement de ce qu'on nommait *litis contestatio*, parce que, à vrai dire, cette *contestatio* n'existe plus dans la procédure de Justinien (10).

539. Il existe aussi quelques autres prescriptions ; telle est celle qu'on nomme *longissimi temporis præscriptio*, qui a lieu quelquefois par trente ans : par exemple, quand le possesseur possède sans juste cause, ou quand la chose est un objet volé, enlevé par violence, etc. ; quelquefois par quarante ans : par exemple, quand il s'agit de biens ecclésiastiques. Ces prescriptions, qui, par leur

(1) Cod. 7. 39. 8. *princip.* — (2) Cod. 7. 36. 1 et 2. — Ceci résulte, pour les servitudes, l'usufruit, l'usage, etc., de ce que ces droits se perdent par le non-usage pendant le même temps que celui de la prescription. — (3) D. 41. 3. 2. f. Paul. — (4) *Ibid.* 5. f. Gaius. — (5) Dig. 41. 2. 3 § 17. f. Paul. — (6) D. 49. 15. 12. § 2. f. Tryph. — (7) D. 41. 3. 21. f. Javol. 13. 7. 29. f. Juli. — (8) 41. 3. 15. § 2. f. Paul. — 41. 4. 7. § 4. f. Juli. — (9) On invoque en sens opposé le § 2 aux Instituts *De officio judicis*, qui suppose la chose usucapée *inter moras litis* ; mais c'est là une réminiscence de l'ancien droit. — (10) Cod. 7. 33. 10. — Voir aussi (Cod. 7. 40. 2) le moyen que Justinien donne pour interrompre la prescription, lorsque le possesseur est absent, en présentant un placet (*libellum*) au président, à défaut à l'évêque ou au défenseur de la cité, etc.

nature et dans l'origine, n'étaient que des moyens de repousser certaines actions, sont devenues, sous Justinien, dans les cas où il y a lieu, de véritables moyens d'acquérir, et l'on peut y appliquer ce que nous venons de dire sur les effets et sur l'interruption des prescriptions (1).

Le paragraphe suivant nous offre encore l'exemple de prescriptions particulières, introduites par privilége du fisc.

XIV. Edicto divi Marci, cavetur eum qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis, bene prospexit iis qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum, aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat intendere iis qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverunt sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis qui a nostra vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit quæ in fiscalibus alienationibus præfata Zenoniana constitutione continentur.

14. Un édit du divin Marc-Aurèle donne à celui qui aurait acheté du fisc une chose appartenant à autrui le droit de repousser par exception le propriétaire de cette chose, si, depuis la vente, cinq ans se sont écoulés (2); mais une constitution de Zénon, de glorieuse mémoire, garantit complétement ceux qui reçoivent quelque chose du fisc soit par vente, soit par donation, soit à tout autre titre : elle ordonne qu'ils aient dès l'instant pleine sécurité, et qu'ils obtiennent gain de cause, soit qu'ils attaquent, soit qu'ils se trouvent attaqués. Quant à ceux qui croiront avoir quelque action pour des droits de propriété ou d'hypothèque sur ces choses, il leur est accordé quatre ans pour l'intenter contre le sacré trésor. Une constitution impériale que nous avons dernièrement promulguée étend à ceux qui auront reçu quelque chose de notre maison ou de celle de l'impératrice les dispositions de la constitution de Zénon sur les aliénations du fisc (3).

DES ACTIONS RELATIVES A L'USUCAPION ET A LA PRESCRIPTION.

540. Relativement à l'usucapion et à la prescription, il existait, soit pendant qu'elles couraient, soit après qu'elles étaient complétement acquises, des interdits, des actions ou des exceptions, selon les circonstances.—Pendant qu'elles couraient, comme elles étaient fondées sur une possession légale, tous les interdits destinés à protéger cette possession étaient applicables (voir n° 432). Mais si, par quelque événement, le possesseur perdait la possession avant que l'usucapion ou la prescription fussent accomplies, alors, selon le droit strict, n'étant plus possesseur, il n'avait plus d'interdits, et n'étant pas encore propriétaire, il n'avait pas d'action en vendication : la perte était pour lui irréparable. Dans cette position,

(1) Cod. 7. 39. *De præscriptione* XXX *vel* XL *annorum*. — (2) Cod. 2. 37. 3. L'édit de Marc-Aurèle était surtout utile dans le cas où l'usucapion n'aurait pas pu courir; par exemple, quand il n'y avait pas bonne foi, ou quand il s'agissait d'immeubles provinciaux. Cet édit exceptait de ses dispositions les biens des mineurs de vingt-cinq ans. — (3) Voir au Code le titre consacré à cette matière, liv. 7, tit. 37. *De quadriennii præscriptione*.

un préteur, *Publicius*, introduisit en sa faveur une action honoraire, qu'on nomma action publicienne (*publiciana in rem actio*), à l'aide de laquelle il pût réclamer la chose comme s'il l'avait déjà acquise par l'usage. Cette action, qui était au nombre des actions fictices, c'est-à-dire construites sur une hypothèse fictive, et au sujet de laquelle nous aurons à nous expliquer longuement, avait été créée par l'édit, pour celui qui, après avoir reçu la possession de bonne foi, et pour une juste cause, l'avait ensuite perdue. Elle ne pouvait en général être intentée utilement ni contre le véritable propriétaire, ni contre le possesseur qui avait lui-même droit à l'usucapion ou à la prescription (1). — Après le temps de l'usucapion complétement révolu, le possesseur, étant devenu propriétaire, était à l'abri de toute poursuite de la part de l'ancien maître; et il avait lui-même, soit la vendication pour réclamer sa chose contre tout possesseur, soit généralement toutes les actions destinées à protéger la propriété (nos 431 et suiv.).

TITULUS VII.	TITRE VII.
DE DONATIONIBUS.	DES DONATIONS.
Est et aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera : mortis causa, et non mortis causa.	Il est encore un autre genre d'acquisition, la donation, qui se distingue en deux espèces : la donation à cause de mort, et celle qui n'est pas faite à cause de mort.

541. Nous trouvons dans une citation de Paul, au Digeste, l'étymologie du mot donation : « *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum* (2). » Et les Fragments du Vatican sur le Droit romain nous offrent plusieurs fois ces expressions, *dono res data est; dono dedit; dono dedisti;* pour exprimer qu'une donation a eu lieu (3).

Ces deux mots, *dono dare*, ont chacun un sens rigoureux et de droit. Le second, *dare*, indique que la chose est transférée en propriété (4); le premier, *dono*, qu'elle l'est gratuitement, par pure libéralité.

542. Mais il faut bien distinguer ici le droit primitif, originaire, du droit nouveau. Dans le droit primitif, le mot *donatio* emporte nécessairement l'idée qu'il y a eu *dation* de la chose, c'est-à-dire

(1) INST. 4. 6. § 4. — Nous trouvons au Digeste les termes de l'édit : « *Si quis id quod traditur* (traditum est) *ex justa causa, non a domino* (ces trois derniers mots intercalés probablement sous Justinien), *et nondum usucaptum petet, judicium dabo.* » (Dig. 6. 2. 1.) Cette action durait autant que la véritable vendication, et offrait dans un certain sens un avantage de plus, en ce qu'on n'était pas obligé de justifier du droit de ses auteurs; aussi était-elle souvent intentée par les véritables propriétaires, en place de la vendication.

(2) DIG. 39. 6. 35. § 1. — (3) Fragments du Vatican : *De donationibus, ad legem Cinciam;* §§ 275, 281, 283. — (4) Il ne faut pas confondre *dare* et *tradere* : *tradere*, c'est livrer en possession; *dare*, c'est transférer en propriété; ce qui est différent, quoique l'un conduise ordinairement à l'autre. — On trouve néanmoins quelques textes dans lesquels *dare* ne signifie que *tradere*.

translation de la propriété. La loi, d'accord avec la langue, ne reconnaît pas d'autre donation. Ce n'est pas un contrat, un engagement entre parties, c'est un fait accompli, consommé. Du reste, cette *datio*, cette translation de la propriété, s'opérait non pas d'une manière particulière, mais comme dans tous les autres cas ; la seule différence consistait en ce que le motif qui la déterminait était la libéralité, *dono datio*.

Dans cette législation primitive, il était donc vrai de dire que la donation était toujours une acquisition, non pas d'une espèce particulière, mais fondée sur un motif particulier ; depuis, les règles du droit subirent de notables changements, et nous aurons à voir en expliquant les paragraphes qui vont suivre, jusqu'à quel point on peut dire que la donation est un moyen d'acquérir.

543. Le mot *donatio*, dans un sens beaucoup plus large, a été employé par les jurisconsultes romains pour désigner même les libéralités consistant en d'autres avantages que ceux d'une *datio* ou translation de propriété ; par exemple celles qui consisteraient à s'obliger envers quelqu'un, à libérer un débiteur. Cette obligation contractée, cette libération faite gratuitement, par motif de libéralité (*dono*), a été nommée aussi *donatio*. Le mot, ici, est détourné de sa signification originaire ; des deux idées renfermées dans cette signification primitive, il n'en garde qu'une : celle du don, de la libéralité, cause déterminante de l'acte. Du reste, de même que le don consistant en une translation gratuite de propriété, ne pouvait s'opérer que par les moyens reçus dans le droit pour faire de pareilles translations : la mancipation, la cession *in jure*, la simple tradition pour les choses *nec mancipi* ; de même le don consistant en une obligation, en une libération de débiteur, ou en tout autre avantage analogue, ne pouvait s'opérer que par les moyens reçus dans le droit pour les actes de cette nature : par exemple, la stipulation, le contrat *litteris*, l'acceptilation, ou autre, suivant le cas.

544. Dans le titre qui nous occupe, c'est principalement au point de vue des translations de propriété qu'elle peut contenir que la donation est envisagée.

Nous ferons remarquer, à ce sujet, que, dans les principes du droit romain primitif, le *dominium* ou propriété ne pouvait être affecté dans son existence d'aucune condition : on ne pouvait pas être propriétaire sous condition, ni propriétaire jusqu'à un certain temps (1) ; le *dominium* existait ou n'existait pas ; on était propriétaire ou on ne l'était pas.

Néanmoins, il était permis, en faisant une tradition, d'y opposer une condition, de telle sorte que la propriété ne dût être transférée que si cette condition venait à s'accomplir. Il n'y avait pas pour cela de propriété conditionnelle : tant que l'événement constitutif

(1) « .... Quum ad tempus proprietas transferri nequiverit » (Vatic. Fragm. § 283).

de la condition ne s'était pas réalisé, le propriétaire primitif restait toujours propriétaire, c'était lui qui avait les droits et les actions résultant de la propriété; du moment, au contraire, où la condition s'accomplissait, la translation de propriété s'opérait (1).

En sens inverse, la translation de la propriété pouvait être faite immédiatement, mais sous la condition qu'elle serait résolue en cas de tel événement. Dans ce cas, la propriété transférée l'était purement et simplement; et même elle ne se trouvait pas révoquée par le seul accomplissement de la condition. L'acquéreur restait toujours propriétaire; le seul effet de la condition accomplie était de l'obliger à retransférer la propriété à celui à qui elle devait revenir. Un nouvel acte de translation de propriété de l'un à l'autre était nécessaire (2).

Cette observation est plus évidente encore dans les modes civils d'aliénation *per mancipationem*, ou *per in jure cessionem*, puisque ces modes ne comportaient par eux-mêmes, quant à la translation de propriété qu'ils avaient pour but d'opérer, aucune condition. Mais les parties, au moyen des paroles qu'elles y ajoutaient, pouvaient s'imposer des obligations de restitution ou autres, que la loi des Douze Tables confirmait (3).

Ces principes étaient parfaitement appliqués aux translations de propriété faites par libéralité, ou, en d'autres termes, aux donations; et Julien en tire occasion de distinguer fort nettement trois sortes de donations :

La première, dans laquelle le donateur donne de manière que la chose appartienne à l'instant à celui qui la reçoit, et ne doive plus faire retour au donateur : « *Ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti* ». C'est là la donation proprement dite : « hæc proprie donatio appellatur. »

La seconde, dans laquelle le donateur donne de manière que la chose ne devienne la propriété de celui qui la reçoit que lorsqu'un certain événement se sera accompli : « *Ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit.* » Ce n'est pas là, à proprement parler, une donation; car la dation n'est pas encore accomplie; elle ne s'accomplira que par l'avénement de la condition; c'est une donation conditionnelle : « Non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. »

La troisième, enfin, lorsque le donateur donne de manière que la chose devienne à l'instant la propriété de celui qui la reçoit,

(1) Comme nous le voyons, Dig. 23. 3. *De jure dot.* 7. § 3. f. Paul, pour les choses données en dot sous cette condition : « *Ut tunc efficiantur, cum nupserit;* » et pour tous les exemples de donations conditionnelles indiqués dans les textes que nous allons bientôt citer. — (2) Comme nous le voyons au Code 4. 54. *De pactis inter empt.* 3. const. Alexand., pour les choses livrées en exécution d'une vente résoluble sous condition; et dans les exemples nombreux de donations résolubles, que nous allons rapporter bientôt. — (3) Dig. 50. 17. *De reg. jur.* 77. fr. Papin. — Vatic. J. R. Frag. §§ 49 et 50. — Ci-dess., tom. I, *Hist.*, p. 106 et 108, tab. VI, §§ 1 et 11, et p. 134, nº 134.

mais avec la condition qu'elle fera retour au donateur au cas de tel événement : « *Ut statim faciat accipientis ; si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti.* » Ce n'est pas, non plus, la donation proprement dite ; c'est une donation qui est résoluble sous condition : « Non proprie donatio dicitur ; sed totum hoc donatio est, quæ sub conditione solvatur (1) », ou, suivant d'autres termes employés ailleurs par les jurisconsultes : *donatio pura, quæ sub conditione resolvitur* (2).

Nous dirions, en droit français, que la première de ces donations est une donation pure et simple ; la seconde une donation sous condition *suspensive ;* et la troisième une donation sous condition *résolutoire ;* et nous n'hésiterions pas à appliquer ces idées de condition suspensive et de condition résolutoire à la propriété elle-même. Mais les jurisconsultes romains, d'une part, n'avaient pas envisagé sous cette double face les conditions, et l'expression de *condition résolutoire* leur était inconnue ; d'autre part, ils ne considéraient pas le droit de propriété comme pouvant être conditionnel. Ils disaient, du premier cas, qu'il y avait donation proprement dite ; du second cas, que la donation y était conditionnelle, ne devant exister qu'à l'accomplissement de la condition et si cet accomplissement avait lieu ; enfin du troisième cas, que la donation y était immédiate, pure et simple, produisant ses effets à l'instant, mais que la résolution en était conditionnelle, subordonnée à l'accomplissement de la condition.

545. Nous trouvons au Code de Justinien un titre spécial sur ces donations faites avec des modalités, des conditions, des appositions de terme : *De donationibus quæ sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur* (liv. 8, tit. 55). — Nous y voyons que dans le cas de donation conditionnelle, par exemple lorsqu'une somme d'argent a été livrée à Titius avec cette condition qu'elle lui sera acquise si Séjus est nommé consul, la somme, malgré la tradition qui lui en a été faite, n'est pas à lui tant que la condition n'est pas accomplie ; mais qu'une fois cette condition accomplie, la propriété lui en est transférée, et il en aurait, au besoin, la *vindicatio* (3). — Nous y voyons que dans le cas de la donation immédiate mais résoluble sous condition, lorsque la condition vient à s'accomplir, la propriété, suivant les principes du droit strict, n'est pas résolue pour cela et ne fait pas retour *ipso jure* au donateur ; mais que celui-ci a seulement une action personnelle (la *condictio*) contre le donataire pour le contraindre à lui retransférer la propriété (4).

---

(1) Dig. 39. 5. *De donat.* 1, pr. f. Julian. — (2) En appliquant ici ce qui est dit ailleurs de la vente : Dig. 41. 4. *Pro empt.* 2. § 4. f. Paul. — 18. 2. *De in diem addict.* 2. f. Ulp. — (3) Dig. 39. 5. 2. § 5. f. Ulp. — Cod. 8. 55. 5. const. Dioclet. et Max. — (4) Cod. 8. 55. 1. const. Valer. et Gallian. — 4. 6. *De condictione ob causam datorum*, 2 const. Alex., et 3 c. Valer. et Gallian. — Plus un grand nombre d'autres textes, que nous indiquerons bientôt, et qui sont relatifs à la donation à cause de mort.

546. Tels étaient, sur ce dernier point, les principes du droit rigoureux; mais avec le temps ils furent modifiés, et déjà à l'époque d'Ulpien on aperçoit cette modification. Nous voyons, en effet, par des fragments de ce jurisconsulte, que la propriété, de son temps, est considérée comme pouvant être résoluble sous condition, et que cette résolution s'accomplit *ipso jure,* par le seul effet de l'accomplissement de la condition (1); nous en voyons autant par un fragment de Marcellus (2); le même Ulpien applique spécialement cet avis à une donation résoluble sous condition, quoiqu'il présente sa décision comme une innovation susceptible de controverse : « Potest defendi in rem competere donatori, — on peut soutenir que la propriété revient au donateur par le seul effet de l'accomplissement de la condition, de telle sorte qu'il a l'action réelle pour vendiquer la chose (3). » Enfin, moins de quarante ans après ce jurisconsulte, les empereurs Valérien et Gallien, dans un rescrit, nous apprennent que le donateur a, dans ce cas, d'après les constitutions impériales, non-seulement la *condictio,* mais encore une *vindicatio utilis* (4).

547. Il va sans dire que dans les libéralités qui consistent en des obligations, en des libérations de débiteur, ou en d'autres avantages analogues conférés à quelqu'un gratuitement, des modalités, des termes ou des conditions peuvent être également apposés, conformément aux règles de droit qui régissent chacun de ces actes.

548. Parmi les événements que le donateur peut avoir en vue pour y subordonner sa libéralité et en faire une condition de sa donation, se présente fréquemment son propre décès. Il est naturel que, se voyant exposé à tel danger, à telle maladie, ou dans la prévision générale de sa mort, il songe à gratifier quelqu'un de quelque libéralité, mais que néanmoins il ne veuille se dépouiller de sa propriété qu'autant qu'il périrait dans ce danger, dans cette maladie, ou du moins avant le donataire; ou bien qu'en s'en dépouillant immédiatement, il veuille que la propriété lui fasse retour s'il échappe au danger, à la maladie, ou s'il survit au donataire. Cette sorte de libéralité, dans laquelle le donateur, tout en préférant le donataire à ses héritiers, se préfère soi-même au donataire, est assez accommodée à l'amour de soi contenu dans la nature humaine et aux affections qu'on peut avoir pour des tiers; elle était d'un usage très-fréquent chez les Romains. Les libéralités de cette sorte s'appellent donation à cause de mort (*mortis causa donatio*); les autres, soit pures et simples, soit modifiées par des termes ou

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 41. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 18. 2. *De in diem addict.* 4. § 3. f. Ulp., rapportant un passage de Marcellus. — (3) Dig. 39. 6. *De mortis causa donat.* 29. f. Ulp. — (4) « ... Vindicationem etiam (in hoc casu utilem... impetrare potes. Nam (non solum) condictio tibi in hoc casu, id est in personam actio, jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt » (Cod. 8. 55. *De donat. quæ sub modo.* 1. c. Valer. et Gallian. an 259).

dès conditions, se nomment, par opposition, donations entre-vifs (*inter vivos*). Les donations à cause de mort ne sont autre chose que des espèces de donations modifiées par une condition; mais cette condition, étant celle du décès, apporte quelques conséquences spéciales, qu'il est nécessaire d'étudier.

549. Les donations à cause de mort n'étant qu'une modification particulière des donations entre-vifs, l'ordre logique serait de commencer par celles-ci; mais, les Instituts traitant en premier lieu des donations à cause de mort, nous nous conformerons à cet ordre.

Des donations à cause de mort (1).

I. Mortis causa donatio est quae *propter mortis fit suspicionem*, cum quis ita donat ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accipit, sin autem supervixisset, is qui donavit reciperet; vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia: nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut *per omnia fere legatis connumeretur*, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donat; magisque eum qui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo:

Πεῖραι', οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα·
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντα σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

I. La donation à cause de mort est celle qui est faite *dans la prévoyance de la mort*, lorsque quelqu'un donne de telle sorte que, s'il succombe dans un péril, la chose soit au donataire; mais qu'elle revienne au contraire au donateur s'il échappe au péril, ou bien s'il révoque la donation, ou si le donataire meurt avant lui. Ces donations ont été réduites à une similitude complète avec les legs; en effet, comme il avait paru douteux aux prudents s'il fallait les assimiler à une donation ou à un legs, parce qu'elles ont des caractères de l'une et de l'autre, et comme les avis étaient partagés sur cette classification, nous avons décidé par une constitution qu'elles seraient *comptées presque en tout au nombre des legs*; elles doivent donc suivre les formes tracées par notre constitution. En somme, il y a donation à cause de mort, lorsque le donateur veut que la chose soit à lui de préférence au donataire, et au donataire de préférence à son héritier. C'est ainsi que, dans Homère, Télémaque donne à Pirée:

« Pirée, car nous ignorons quelle sera l'issue de cette entreprise, si d'orgueilleux prétendants, après m'avoir secrètement tué dans le palais, se partagent tous les biens de mon père, je veux que tu gardes ces présents (2) et que tu en jouisses plutôt que quelqu'un d'eux.

» Mais si je jette parmi eux le carnage et la mort, certes, alors, plein de joie comme moi, accours me les apporter au palais. »

(1) V. dans les *Textes traduits et commentés* par M. Pellat (Paris, 1868, in-8°) ce qui concerne les *donations à cause de mort*, p. 141 et suiv. V. aussi la savante monographie de M. Glasson (1870). — (2) Il s'agit de présents faits par Ménélas à Télémaque, et déposés chez Pirée.

550. *Propter mortis suspicionem.* Le caractère essentiel de la donation à cause de mort n'est pas seulement qu'elle soit faite dans la prévoyance de la mort, mais bien qu'elle soit *subordonnée à la condition de la mort*. Ainsi, nous voyons dans un fragment de Marcien que si quelqu'un, dans la prévoyance de son décès, donne une chose, mais d'une manière irrévocable, c'est là une donation entre-vifs; parce que la mort est bien le motif qui détermine à donner, mais non pas la condition à laquelle la donation est faite (*causa donandi magis est quam mortis causa donatio*). Toutefois on peut donner à cause de mort et renoncer au droit de révocation (1). (App. 4, liv. 2.)

551. Le décès dont il s'agit en cette matière peut être : soit le décès pris en général, de quelque manière et à quelque époque qu'il arrive; soit, et c'était le cas le plus fréquent, un mode particulier de décès dont on est menacé dans un péril auquel on se trouve exposé, comme dans un combat, dans une navigation, dans une maladie, ou dans tout autre événement.

552. Enfin, la donation peut être subordonnée à la condition du décès d'un tiers, et c'est encore une donation à cause de mort, comme si le père donne à sa bru pour le cas où le fils viendrait à mourir avant elle (2). (V. cependant Savigny, tom. IV, § 170.)

553. La donation peut être subordonnée de deux manières différentes à la condition du décès, ainsi que nous l'avons indiqué (nº 544) pour toute autre condition :

1º Le donateur livre la chose, non pas de manière à en rendre à l'instant propriétaire celui qui la reçoit, mais avec cette condition que la propriété n'en sera transférée qu'à la mort du donateur : « Non sic dat, ut statim faciat accipientis; sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta (3); » — « Sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est (4); » — « Cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis (5). » C'est la donation conditionnelle.

2º Le donateur donne la chose de manière à en transférer immédiatement la propriété au donataire; mais avec cette condition que la propriété lui en sera rendue s'il échappe au danger, ou s'il survit au donataire : « Ita donat, ut statim fiat accipientis (6); » — « Ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de prælio, vel peregre rediisset (7). » C'est la donation immédiate, mais résoluble sous condition.

554. La forme, pour opérer ces donations, était celle des aliénations modifiées par une condition : la chose était livrée, et la loi de cette tradition, c'est-à-dire la condition qui y avait été apposée, devait produire son effet. — Dans le premier cas, celui

(1) Dig. 39. 6. *De mortis causa donat.* 27. Marcian; 13, § 1; fr. Julian. — (2) *Ibid.* 11. f. Ulp. et 18. f. Julian. — Cod. 8. 57. 3. — (3) Dig. 39. 6. 2. f. Ulp. — (4) *Ib.* 29. f. Ulp. — (5) 40. 1. 15. f. Marcell. — (6) Dig. 39. 6. 2. f. Ulp. — (7) *Ibid.* 29. f. Ulp.

de la donation conditionnelle, la translation de propriété était suspendue; mais à la mort du donateur, suivant les termes de la condition, elle s'opérait à l'instant (1). — Dans le second cas, celui de la donation immédiate, mais résoluble sous condition, la translation de propriété avait lieu immédiatement; mais la loi, la condition apposée à cette aliénation faisait naître, en cas que le donateur échappât au péril prévu, ou survécût au donataire, l'obligation pour celui-ci ou pour ses héritiers de retransférer au donateur la propriété, obligation dont l'exécution pouvait être poursuivie par une *condictio* (2); et même nous savons que, plus tard, par l'interprétation favorable des jurisprudents et par les constitutions impériales, il avait été reçu que le donateur aurait une *vindicatio utilis*, comme si la propriété lui avait fait retour de plein droit (3). — Pour la *mancipatio* et pour l'*in jure cessio*, dans l'ancien droit civil, les paroles prononcées par les parties produisaient, au moyen des obligations qu'elles engendraient, des effets analogues.

555. Les textes sont pleins d'exemples qui se réfèrent à des donations à cause de mort faites par tradition (4). Quant à la mancipation, ils ont dû disparaître du Digeste, puisque la mancipation était alors supprimée, mais nous connaissons cette disposition des Douze Tables : « Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto (5). » Quant à la cession *in jure*, on pourrait induire du principe posé dans les *Vaticana fragmenta*, § 49 : « Nulla legis actio prodita est de futuro, » qu'elle ne pouvait pas être employée pour le premier genre de donation à cause de mort, c'est-à-dire pour la donation à cause de mort conditionnelle; cependant un fragment de Marcellus nous en donne un exemple bien remarquable, celui d'une manumission à cause de mort par la vindicte, qui n'est autre chose qu'une cession *in jure* de la liberté (6). On est autorisé à croire que dans ces actes faits pour

(1) Cet effet est bien marqué dans l'exemple, si notable, que nous donne Marcellus (Dig. 40. 1. *De manum.* 15) d'une manumission faite *mortis causa :* « Mors ejus expectabitur; — In extremum tempus manumissoris vitæ confertur libertas; — quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quæ ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate. » — (2) Outre les textes cités ci-dessus (p. 376, note 4), en voici un grand nombre qui sont spéciaux à la donation à cause de mort : Dig. 39. 6. 13 pr., et 19. fr. Julian.; 23. f. Afric.; 26. fr. Marcian.; 35, § 3. f. Paul, qui démontre pourquoi la *condictio* existe; 37. § 1. fr. Ulp. — (3) Aux textes cités ci-dessus (p. 377, notes 3 et 4), joignez Dig. 39. 6. 30. fr. Ulp. « Condictionem vel utilem actionem habet. » — (4) Tous ceux indiqués note 2, et qui parlent de *condictio :* plus l'exemple remarquable donné par Marcellus (Dig. 40. 1. 15) : « Cum rem ita *tradiderit*, ut moriente eo fieret accipientis; » et, en outre, Dig. 39. 6. 13. § 1; 17; 18; § 3. fr. Julian.; 35. § 4; et 39. f. Paul.; 42. f. Papin. « *traditionibus factis;* » mais on ne peut donner l'action *præscriptis verbis* (M. Glasson, n° 110). — (5) Tom. I, *Hist.*, p. 106, Table 6. § 1. — (6) Dig. 40. 1. *De manum.* 15. L'affranchissement ne sera pas fait de telle sorte que l'esclave devienne libre immédiatement, pour retomber en esclavage si le donateur survit : la liberté ne peut être ainsi résolue, mais elle sera donnée

cause de mort, la condition du décès était une condition tacite, inhérente par elle-même, qui n'empêchait pas ces actes d'être conçus purement et simplement, de même qu'il en était de la réalisation du mariage dans les aliénations pour cause de dot (n° 585).

556. C'est dans le sens de ces traditions, de ces mancipations ou de ces cessions faites entre les parties, pour opérer la donation à cause de mort, que Marcien nous dit que dans cette donation « *præsens præsenti dat* (1). » Si, habituellement, le concours des volontés est nécessaire (2), la présence ne l'est qu'autant que l'exige la nature de l'acte qu'il s'agit d'accomplir. Ainsi, elle ne l'est pas pour les traditions.

557. Outre les donations à cause de mort consistant en des translations de propriété, nous trouvons, dans les textes, de nombreux exemples de pareilles donations qui sont faites par stipulation (3), par délégation (4), par expromission (5) (emplois variés du contrat *verbis*); par acceptilation (6), par la remise des *chirographa* (7), titre constitutif de la créance (voir ci-dessus, tom. I, *Génér.*, n° 205) : — la libéralité consiste alors en des obligations ou en des libérations de débiteur.

558. La donation à cause de mort, étant subordonnée à la condition du décès, avait été considérée par les jurisconsultes romains comme ne devant être confirmée d'une manière irrévocable que par le décès (8), et seulement si le donateur avait persévéré jusque-là dans la même volonté : « Si donator in eadem permanserit voluntate (9). » Cette persévérance de volonté était supposée tant que le donateur n'avait pas manifesté d'intention contraire : « Durante scilicet, propter mortis causa tacitam conditionem, voluntate (10). » Mais le changement d'intention suffisait pour autoriser le donateur à faire la révocation (*Si eum donationis pænituisset; ex pænitentia; si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit*) (11); même lorsqu'il était encore incertain s'il échapperait ou non au péril qu'il avait eu en vue (12); et cela, non-seulement à l'égard des donations à cause de mort conditionnelles, mais aussi à l'égard des donations à cause de mort immédiates, mais résolubles en cas

---

conditionnellement, et ne s'opérera qu'à la mort du donateur. — (1) Dig. 39. 6. 38. pr. f. Marcian. — 24. 1. 11. §§ 2 et suiv. f. Ulp. — (2) D. 44. 7. 55. f. Javolen. — (3) 39. 6. 34. f. Marcell.; 35. § 7. f. Paul; et 42. f. Papin., dans lequel le même exemple fait voir la différence entre la translation de propriété et l'obligation de la transférer par donation à cause de mort. — Cette différence se voit encore, d'une manière bien nette, dans la loi 10, fragment d'Ulpien, où la donation à cause de mort est faite avec substitution, au moyen de la promesse sur stipulation, que le donataire fait au substitué, de lui transmettre la chose donnée, si lui-même est incapable de recevoir : « *si ipse capere non possit.* » — (4) *Ibid.* 18. § 1. f. Julian. — (5) *Ibid.* 31. § 3. f. Gai. — (6) *Ibid.* 24. f. Afric.; 31. §§ 1 et 4. f. Gai.; 35. § 6. f. Paul. — (7) *Ibid.* 18 § 2. f. Julian., et 28. f. Marcell. — D. 34. 3. 3. § 2. f. Ulp. — (8) « Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur. » D. 39. 6. 32. f. Ulp. — (9) D. 40. 1. 15. f. Marcell. — (10) *Ibid.* — (11) D. 39. 6. 13. § 1. f. Julian.; et 30. f. Ulp. — (12) *Ibid.* 16. f. Julian.

de survie. Dans le premier cas, le donateur, par son changement de volonté, empêchait la propriété de passer désormais au donataire (1), et il pouvait dès lors exercer la *rei vindicatio*, puisqu'il n'avait jamais cessé d'être propriétaire; dans le second cas, il avait, suivant le droit strict, une action personnelle, la *condictio*, pour se faire retransférer la propriété par le donataire; et même, suivant des décisions plus favorables, une *rei vindicatio utilis*, comme si la propriété lui était revenue (2). En un mot, les effets du changement de volonté étaient les mêmes que ceux de la survie. — S'il s'agissait de libéralités consistant en obligations ou en libérations de débiteur, des conséquences analogues avaient lieu, suivant les règles propres à ces matières (3).

559. Les jurisconsultes romains, frappés de l'analogie des donations à cause de mort, d'une part avec les donations entre-vifs, et d'autre part avec les legs : — avec les donations entre-vifs, puisqu'elles s'opéraient, comme celles-ci, au moyen de divers actes propres à produire, entre personnes vivantes, des translations de propriété, des obligations ou des libérations; — avec les legs, puisqu'elles étaient comme ceux-ci subordonnées à la condition du prédécès du donateur et révocables par la survie et par le changement de volonté : les jurisconsultes romains, disons-nous, frappés de cette double analogie, avaient été divisés sur la question de savoir s'il fallait les assimiler aux donations entre-vifs ou aux legs. La controverse était importante, pour une multitude de points relatifs à la capacité de donner, à celle de recevoir, aux droits du patron sur la succession de l'affranchi, et à l'application des lois spéciales pour l'une ou pour l'autre de ces matières : par exemple, de la loi *Cincia* pour les donations, de la loi Falcidie pour les legs. L'opinion la plus générale, sur ces divers points, était celle de l'assimilation aux legs (*legatorum instar obtinent*; *comparantur legatis*; *vice legatorum funguntur*; *ad exemplum legatorum capiuntur*) (4); du moins, Justinien, qui a consacré cette opinion, n'a-t-il laissé, dans le Digeste, que des fragments où elle se trouvait exprimée.

560. Ainsi, la donation à cause de mort pouvait être faite par tous ceux qui pouvaient faire un testament ou des codicilles (5), à tous ceux qui pouvaient recevoir par testament (6); les dispositions

(1) D. 40. 1. 15. f. Marcell. — (2) D. 39. 6. 30. f. Ulp. : « Qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condictionem vel utilem actionem habet. » — (3) Ainsi, une *condictio* ou une *actio in factum* aurait été donnée, pour faire éteindre l'obligation contractée, ou pour faire rétablir ou payer la créance éteinte *mortis causa* (D. 39. 6. 18. § 1. f. Julian.; et 24. f. Afric.). — (4) D. 39. 6. 17. f. Julian., et 37. f. Ulp. — 38. 5. 1. § 1. f. Ulp. — 38. 2. 3. § 17. f. Ulp. — 6. 2. 2. f. Paul. — (5) D. 39. 6. 15. f. Julian.; voir cependant, 25. § 1. f. Marcian. : le fils de famille qui ne pourrait pas faire un testament, même avec le consentement du père, sur son pécule profectice, pourra néanmoins, avec ce consentement, faire des donations à cause de mort sur ce pécule. Savigny (tom. IV, § 170) conclut de ce texte que les pérégrins pouvaient donner à cause de mort. — (6) D. 39. 6. 9. f. Paul.

de la loi *Julia et Papia*, sur la capacité de recevoir, devaient s'appliquer, suivant un sénatus-consulte, aux donations à cause de mort de la même manière qu'aux legs (1); les droits du patron, quant à la succession de l'affranchi, s'exerçaient sur les donations à cause de mort comme sur les legs (2); les dispositions de la loi *Falcidia*, d'après une constitution de l'empereur Sévère, y étaient applicables (3); mais non, sans doute, celles de la loi *Cincia*, spéciales pour les donations entre-vifs; enfin, l'insolvabilité du donateur au moment de sa mort (4), ou une condamnation capitale, y compris celles qui emportaient grande ou moyenne diminution de tête, devaient faire écarter les donations à cause de mort, de même que les legs (5). Les jurisconsultes romains poussaient cette assimilation jusqu'à décider, dans différents cas où la donation à cause de mort n'avait pas été régulièrement effectuée entre le donataire et le donateur du vivant de celui-ci, qu'elle vaudrait comme fidéicommis (6).

561. Toutefois, il restait encore, sous d'autres rapports, des différences importantes qui séparaient la donation à cause de mort du legs. Nous ne dirons point que la donation à cause de mort s'opérait par un concours de volontés (*præsens præsenti dat*) (7), ce qui n'avait pas lieu pour le legs : on peut faire, à cause de mort, un acte émanant du donateur seul, comme un payement; — la différence capitale, c'est que la donation à cause de mort n'est pas, comme le legs, dépendante du testament, d'où il suit qu'elle se trouve irrévocablement réalisée par le seul effet de la mort (8), sans attendre l'adition d'hérédité, et qu'elle reste toujours valable bien que le testament soit nul, révoqué, inutile, ou que l'héritier refuse l'hérédité. Par la même raison, celui qui aurait attaqué à tort un testament comme nul ou comme inofficieux, bien que privé, par ce motif, des legs à lui faits par le défunt, par ce testament, ne perdrait pas pour cela les donations à cause de mort (9). La capacité de recevoir la libéralité du donateur ne doit pas être appréciée, dans le donataire, au moment de la disposition : il suffit, à cette époque, qu'il ait la capacité voulue pour la mancipation ou la tradition ou la stipulation, en un mot, pour l'acte par lequel s'effectue la donation; quant à la capacité de recevoir des libéralités, elle ne sera appréciée qu'à l'époque du décès (10); on n'appliquera donc pas la règle Catonienne, comme pour les legs. Enfin, nous voyons que la donation à cause de mort, consistant en une stipulation d'an-

(1) *Ibid.* 35. pr. f. Paul. et 37. pr. f. Ulp. — (2) D. 38. 2. 3. § 17. f. Ulp. — 38. 5. 1. § 1. f. Ulp. — (3) Cod. 8. 57. 2. c. Gord. — (4) D. 39. 6. 17. f. Julian. — (5) *Ibid.* 7. f. Ulp. — (6) Voir les deux exemples cités au Digeste, 31. 1. 77. f. Papin., et 39. 6. 28. f. Marcell.; rapprochez-en D. 39. 6. 18. § 2. f. Julian., et 34. 3. 3. § 2. f. Ulp. — (7) D. 39. 6. 38. f. Marcell. — 24. 1. 11. § 2. f. Ulp. — (8) D. 40. 1. 15. f. Marcell. — 39. 6. 2. 29 et 32. f. Ulp. — (9) D. 34. 9. *De his quæ ut indignis auferuntur*, 5. § 17. f. Paul. — (10) Dig. 39. 6. 22. f. Afric.

nuités, serait traitée d'après les règles des stipulations, et non d'après celles des legs, en ce sens qu'on n'y verrait qu'une seule stipulation, et qu'on n'apprécierait, par conséquent, qu'à une seule époque la capacité du donataire; tandis que dans un legs d'annuités il est censé y avoir autant de legs différents que d'années, et la capacité du légataire s'apprécie à chaque renouvellement annuel (1).

Il existe donc, à la fois, entre les legs et les donations à cause de mort, des ressemblances et des différences notables; et l'on ne doit pas s'attacher à cette première expression du texte, *ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia;* il faut prendre le correctif qui vient ensuite : *fere per omnia.*

562. La forme des donations à cause de mort n'est pas restée dans les termes de l'ancienne jurisprudence, que nous avons exposée. Lorsque Antonin le Pieux eut ordonné, par une constitution, que les donations entre enfants et ascendants (*inter liberos et parentes*) seraient valables par le seul consentement, lors même qu'il n'y aurait eu ni tradition ni mancipation, pourvu qu'il n'y eût aucun doute sur la volonté des parties (2), les donations à cause de mort purent se faire, entre ces personnes, de la même manière. Lorsque Constance Chlore, le père de Constantin, eut introduit, pour la validité des donations, la nécessité qu'elles fussent insinuées, c'est-à-dire transcrites dans les actes publics (3), la donation à cause de mort fut sujette à cette formalité. Lorsque Constantin, tout en maintenant la nécessité de l'insinuation, exigea en outre, pour les donations, l'accomplissement de certaines formes, et notamment la rédaction d'un acte écrit et la présence de plusieurs témoins, la donation à cause de mort fut nominalement comprise dans ces exigences (4). Lorsque, plus tard, Théodose et ensuite Zénon admirent les donations mêmes faites sans un acte écrit, pourvu qu'elles fussent constatées par d'autres documents (5), cet adoucissement de forme s'appliqua aussi à la donation à cause de mort. Enfin, Justinien, par une constitution spéciale que l'on trouve dans le Code (6), et à laquelle notre texte fait ici allusion, voulant trancher les doutes relatifs à la question de savoir si la donation à cause de mort doit être rangée dans la classe des donations entre-vifs ou dans celle des legs, règle d'une manière particulière la forme de cette sorte de disposition. Aucun écrit, ni la présence d'aucune personne publique ne sont plus exigés; ni la formalité d'aucune insinuation, puisque les legs n'y sont pas

(1) *Ibid.* 6. 35. § 7. f. Paul. On peut remarquer que les textes dans lesquels la donation à cause de mort est traitée autrement que les legs sont le plus souvent de Paul. Cependant, nous avons cité un fragment de ce jurisconsulte, dans lequel l'assimilation est faite (n° 558, note 12). — (2) Code Théodosien, 8. 12. *De donationibus*, 4. c. Constantin. — (3) Cod. Théodosien, 3. 5. *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*, 1. c. Constantin. — (4) Cod. Théod. 8. 12. *De donationibus*, 1. c. Constantin. — (5) Cod. Justinien, 8. 54. 29. c. Theod. et Valent.; 31. c. Zen. — (6) C. 8. 57. 4. c. Justinian.

soumis. Mais, si le donateur a fait sa disposition à cause de mort devant cinq témoins, verbalement ou par écrit, la disposition sera parfaitement valable; et Justinien ajoute cette décision exagérée (n° 561), qu'elle produira absolument les mêmes effets qu'un legs : « Et omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates; neque ex quacumque parte absimilis (eis) intelligatur. »

563. La donation à cause de mort, dans l'ancienne jurisprudence, de même que la donation entre-vifs, n'était pas un moyen par elle-même d'acquérir la propriété; elle motivait la translation, laquelle s'effectuait par les moyens ordinaires. S'agissait-il de la donation à cause de mort immédiate mais résoluble en cas de survie, la tradition, la mancipation ou la cession *in jure*, employées pour opérer cette donation, transféraient à l'instant la propriété au donataire, sauf l'obligation pour celui-ci de la retransférer au donateur, le cas échéant. S'agissait-il de la donation à cause de mort conditionnelle, la propriété se trouvait bien transférée, par l'effet même du droit, dès l'instant du décès prévu; mais c'était en vertu de la tradition conditionnelle, ou de la mancipation, qui avaient eu lieu. C'est probablement tout ce que veut dire un fragment de Paul, d'où l'on a voulu conclure que les donations à cause de mort pouvaient être un moyen d'acquérir, même sans tradition ni mancipation, comme les legs (1). (V. cependant M. Glasson, n° 28.) Mais à l'époque de Justinien, et après la constitution de cet empereur, que nous venons de citer, on peut soutenir que les donations à cause de mort faites sans tradition, dans les termes de cette constitution, transfèrent par elles-mêmes la propriété, au moment du décès : comme le faisaient, à cette époque, un legs, sans distinction des anciennes formules *per vindicationem* ou *per damnationem*, et même un fidéicommis. Toutefois, le silence gardé par Justinien sur une innovation aussi importante qu'une aliénation du vivant du disposant *solo consensu*, en a fait révoquer en doute la réalité. (M. Glasson, n° 47.)

564. Il ne faut pas confondre avec la *donation* à cause de mort l'*acquisition* à cause de mort (*mortis causa capio*). Cette dernière expression comprendrait sans doute aussi, dans son acception la plus générale, les acquisitions faites et par donation à cause de mort, et par legs, et par fidéicommis, et par succession (2); mais dans un sens technique elle est réservée pour toutes les autres acquisitions qui peuvent être faites par suite de la mort d'une personne, et qui ne portent pas de dénomination particulière : par exemple, ce que le père donne aux pauvres à l'occasion de la mort de son fils; ou bien ce que l'esclave affranchi par testament, ou

---

(1) D. 6. 2. *De public. in rem.* 1. f. Ulp. : « ... Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem : cum satis multæ sint juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum. » — (*Ib.* 2. f. Paul.) « Vel mortis causa donationes factæ; nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur. » — (2) D. 39. 6. 18. pr. f. Julian.

le légataire, paye à l'héritier pour obéir à la condition que lui en a imposée le testateur (1).

Des donations entre-vifs.

II. Aliæ autem donationes sunt quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ omnino non comparantur legatis; quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. *Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.* Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones *insinuari* eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit; et *quasdam donationes* invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus; quæ omnia ex nostris constitutionibus quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus *certis ex causis* eas revocare : ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quamdam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

2. Les autres donations sont celles qui se font sans aucune prévoyance de la mort; on les nomme donations entre-vifs; on ne peut en rien les comparer aux legs; une fois parfaites, elles ne peuvent être révoquées sans motif. *Du reste, elles sont parfaites lorsque le donateur a manifesté sa volonté, soit par écrit, soit sans écrit.* Notre constitution a voulu qu'à l'exemple de la vente elles emportent par elles-mêmes la nécessité de livrer; de sorte que, même avant la tradition, elles ont un effet plein et entier, et imposent au donateur l'obligation de faire cette tradition. Les constitutions impériales voulaient qu'elles fussent insinuées par actes publics lorsqu'elles dépassaient deux cents solides, ce que nous avons porté à cinq cents solides, de sorte que pour cette somme l'insinuation ne sera pas encore nécessaire. Nous avons même désigné certaines donations qui ne sont nullement astreintes à l'insinuation, et sont entièrement valables par elles-mêmes. Il est, en outre, plusieurs autres décisions que nous avons rendues pour protéger l'effet des donations et que l'on trouvera dans nos constitutions sur cette matière. Qu'on sache toutefois que, malgré l'irrévocabilité des donations, si ceux qui les ont reçues se rendent coupables d'ingratitude, notre constitution permet qu'elles soient révoquées *dans les cas déterminés*, car il ne faut pas que ceux qui se sont libéralement dépouillés de leurs biens soient obligés de souffrir, de la part des donataires, des injures ou des préjudices tels que ceux qui sont énumérés dans notre constitution.

565. *Perficiuntur cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.* Il faut ici bien constater les changements que le droit a éprouvés. La donation, avons-nous dit, n'était pas, dans son origine, un contrat, un engagement entre parties; c'était une translation de la propriété (*datio*), qui avait lieu par libéralité (*dono*), et qui s'opérait suivant les règles ordinaires : par la mancipation ou par la cession *in jure* pour

(1) 39. 6. 8. f. Ulp. — 31. f. Gai. — 38. f. Marcell.

les choses *mancipi*, et par la seule tradition pour les choses *nec mancipi* (ci-dessus, n° 541).

La convention par laquelle une personne aurait promis à une autre, soit par écrit, soit verbalement, de lui donner une chose, n'aurait produit aucun effet, n'aurait engendré ni droit ni obligation de part ni d'autre ; c'était simplement la manifestation d'une intention de libéralité, mais sans aucune suite. C'est ce que nous dit positivement une constitution de l'empereur Alexandre, rapportée dans les Fragments du Vatican : « Professio donationis apud acta factæ, cum neque mancipationem, neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis, quam effectum rei actæ continet (1). » Cela provenait de ce qu'il ne suffisait pas, en droit romain, pour qu'une convention fût obligatoire, qu'elle n'eût rien d'impossible, de contraire aux mœurs ni aux lois, mais de ce qu'il fallait, en outre, qu'elle se trouvât au nombre des contrats, c'est-à-dire au nombre des conventions prévues et consacrées formellement par l'ancien droit civil comme obligatoires, ou bien qu'elle eût été revêtue des formes de la stipulation. Or, la convention de donner n'était pas un *contrat*, elle n'était qu'un *pacte*, c'est-à-dire une convention non obligatoire par elle-même ; et quand le donateur voulait s'obliger, il devait promettre la chose avec les formes solennelles de la stipulation. Nous savons qu'en effet les libéralités entre-vifs se faisaient fréquemment, non par des actes translatifs de propriété, mais par des actes constitutifs d'obligations ou de libérations de débiteur, tels que la stipulation, le contrat *verbis*, l'acceptilation, et que dans ces cas on avait encore, par extension, conservé à ces libéralités le nom de donation (v. ci-dess., n° 542).

566. L'usage des dons et des présents, à certaines époques de l'année ou dans certaines occasions, de la part des affranchis et des clients envers leur patron, était répandu chez les Romains et s'était tourné en une sorte d'obligation de convenance. Outre ces libéralités d'usage, il paraît que les dons exigés, pour ainsi dire, des plaideurs par les orateurs qui les avaient défendus ou qui devaient les défendre, à l'époque surtout où c'était dans la classe aristocratique que se renfermaient principalement la connaissance et la pratique du droit, avaient fini par dégénérer en exactions des patriciens contre les plébéiens (2). Une réaction populaire contre cet abus, joint sans doute à des considérations plus générales, fit décréter un plébiscite qui a fait époque dans l'histoire du droit sur

(1) Fragments du Vatican, *De donationibus ad legem Cinciam*, §§ 266, 268 et 263. — (2) Voir dans Tacite (*Ann.* 11. § 5) l'histoire de ce chevalier romain, Samius, se perçant de son épée dans la maison de son défenseur qui le trahissait, ayant reçu de lui quatre cent mille sesterces ; et l'émotion produite par cet événement dans le sénat, où l'on se mit à demander la mise en vigueur de la loi Cincia, mal observée, sans doute, dans l'usage.

les donations, la loi CINCIA, proposée par le tribun Cincius, l'an de Rome 550.

Cette loi, dont nous apercevions la trace dans la littérature latine, dans le Code de Théodose, dans le Digeste et dans le Code de Justinien, nous est mieux connue aujourd'hui, dans ses dispositions et dans ses conséquences, depuis la découverte des Fragments du Vatican, où cinquante paragraphes y sont consacrés (1). — SAVIGNY en a fait l'objet d'une dissertation spéciale.

Antérieure aux lois testamentaires FURIA, VOCONIA et FALCIDIA, qui restreignirent dans de certaines limites les libéralités faites par testament (an 571, 585, 714), la loi CINCIA était spéciale aux donations entre-vifs, et commença sans doute ce système de restrictions continué peu d'années après par la loi Furia.

Une de ses dispositions défendait aux orateurs de recevoir des dons pour les affaires qu'ils devaient plaider (*ob causam orandam*) : c'est celle dont les littérateurs se sont le plus occupés (2).

Une autre fixait un taux (*certum modum—legitimum modum*) que les donations ne devaient pas dépasser (3) : c'est celle qui a laissé le plus de traces dans le droit. Ce taux fixé ne nous est pas connu.

Néanmoins un certain nombre de personnes, unies par des liens de cognation, de puissance ou d'affection, étaient exemptées par la loi de ces limitations (4). A l'égard de ces personnes exemptées (*exceptæ personæ*), on restait dans le droit antérieur.

567. La loi Cincia avait cela de particulier qu'elle ne prononçait pas, même pour l'excédant, la nullité de la donation dépassant le taux légitime; et les jurisconsultes la signalent, à cet égard, comme une loi imparfaite (5). Le donateur qui voulait révoquer la libéralité excessive, ou qui voulait se refuser à l'exécuter, n'avait donc, pour se défendre contre le donataire exerçant les droits à lui conférés, suivant les règles du droit civil, par la donation, qu'un moyen indirect, le moyen d'une exception (*exceptio legis Cinciæ*) (6). Le jeu de cette exception et les principes subtils du droit romain à cet égard amènent des conséquences curieuses à noter.

---

(1) FRAGMENTA Vaticana, *De donationibus ad legem Cinciam*, §§ 266 à 316. — (2) TACIT. *Ann.* 11. § 5 : « ... Qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat. » — CICÉR. *Ad Attic.* 1. 20. — (3) DIG. 39. 5. *De donat.* 21. § 1. f. Cels.; et 24. f. Javol. — D. 44. 4. 5. §§ 2 et 5. f. Paul. : « *Supra legis modum; — Quod modum legis excedit; — Supra legitimum modum.* » — ULP. Reg. 1. § 1. — (4) Les cognats jusqu'au 5e degré, et au 6e, le cousin et la cousine; les personnes *in potestate, manu, mancipiove;* certains alliés, le mari et la femme, le fiancé et la fiancée; le tuteur, s'il veut donner au pupille, mais non pas réciproquement; le patron, s'il reçoit de ses affranchis, mais non réciproquement. VATIC. fragm. §§ 298 à 309. — (5) ULP. Reg. 1. § 1. « Prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit. » — (6) VATIC. fragm. § 310. f. Paul.

568. S'agissait-il d'une donation proprement dite, c'est-à-dire consistant en une translation de propriété à titre gratuit :

Si cette translation avait été opérée par une *mancipatio* ou par une cession *in jure*, et que le donateur ne se fût pas encore dessaisi de la chose, le donataire, devenu propriétaire par la mancipation ou par l'*in jure cessio*, pouvait bien agir par la *rei vindicatio* pour se faire livrer la chose donnée, à lui appartenant; mais le donateur, s'il avait changé d'avis, pouvait lui opposer l'exception de la loi Cincia, et se dispenser ainsi de le mettre en possession.

Si, au contraire, à la suite de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*, la tradition avait été faite, ou bien si, s'agissant de chose *nec mancipi*, la translation de propriété avait été effectuée par la simple tradition, le donataire, se trouvant à la fois propriétaire et possesseur, n'avait plus rien à demander; il n'avait pas à intenter d'action contre le donateur, et celui-ci n'avait, par conséquent, aucune occasion de lui opposer l'exception. Voilà pourquoi les textes nous disent qu'à l'égard des personnes non exceptées, la donation devient parfaite, s'il s'agit de chose *mancipi*, par la mancipation et la tradition réunies, et s'il s'agit de chose *nec mancipi*, par la simple tradition (1); tandis qu'à l'égard des personnes exceptées, on reste dans le droit antérieur, c'est-à-dire que la donation des choses *mancipi* est parfaite par la seule mancipation ou par la seule cession *in jure*, et celle des choses *nec mancipi* par la simple tradition (2).

Cependant, même après la tradition, il serait possible au donateur de faire revivre à son profit le bénéfice de l'exception de la loi Cincia, s'il lui était possible de recouvrer cette possession par lui transmise au donataire. Les règles sur les interdits destinés à protéger la possession lui en fournissaient le moyen à l'égard des objets mobiliers. En effet, lorsqu'une contestation s'élevait sur la possession d'un objet mobilier, celui-là était préféré, et par conséquent maintenu ou remis en possession, au moyen de l'interdit UTRUBI, qui avait possédé la chose le plus longtemps pendant l'année (3). Si donc le donateur, après avoir livré la chose par lui donnée, avait le soin d'en réclamer la possession, par l'interdit UTRUBI, avant qu'il se fût écoulé six mois depuis la tradition, cette possession lui était restituée, et alors vainement le donataire, propriétaire de la chose, aurait-il intenté la *rei vindicatio* : rentré en possession, le donateur aurait eu, pour se défendre, l'exception

---

(1) « Donatio prædii quod mancipi est, inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur; ejus vero quod nec mancipi est, traditione sola » (VATIC. fragm. § 313). — (2) « Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione; quoniam neque Cinciæ legis exceptio obstat, neque in factum. » (*Ibid.* § 310.) — (3) Voir ce que nous avons dit des interdits en général, tome I, *Général.*, nos 285 et suiv.; et des interdits sur la possession, ci-dessus, no 432. — Voir, quant à l'interdit UTRUBI, ci-dessous, liv. 4, tit. 15. § 4. — GAI. 4. §§ 149 et 150. — PAUL. Sent. 5. 6. § 1.

de la loi Cincia (1). A l'égard des immeubles, le donateur, une fois la tradition faite, n'avait plus ce recours : la préférence étant donnée, en fait de possession immobilière, à la possession actuelle, par l'interdit UTI POSSIDETIS (2).

569. S'agissait-il non pas d'une translation de propriété, mais d'une donation improprement dite, consistant en une obligation de donner contractée libéralement, au moyen d'une promesse sur stipulation, le donataire avait, conformément au droit civil, une action personnelle, la *condictio*, pour se faire payer; mais le donateur pouvait le repousser par l'exception perpétuelle tirée de la loi Cincia (3). Et quand bien même le donateur aurait payé, il n'en serait pas du payement comme il en était de la tradition dans le cas précédent, parce que les règles de la propriété et celles des obligations sont différentes. On appliquerait ici celles des obligations : en conséquence, le donateur pourrait répéter, par la *condictio indebiti*, la chose par lui donnée en payement; parce qu'il était de jurisprudence, que celui qui paye tandis qu'il pouvait opposer une exception perpétuelle paye ce qu'il ne doit pas (4).

570. On peut remarquer que les divers recours offerts au donateur, par suite de la loi Cincia, mais dont il était libre d'user ou de ne pas user, laissaient à sa disposition, tant que ces recours existaient, le sort de la libéralité, et enlevaient, jusqu'à un certain point à cette libéralité le caractère d'irrévocabilité. Dans l'origine, le bénéfice de ces recours, et notamment l'exception de la loi Cincia, qui était perpétuelle, passaient aux héritiers du donateur. Mais, longtemps après la loi Cincia, un rescrit d'Alexandre Sévère décida que si le donateur avait persévéré dans la même volonté jusqu'au jour de sa mort, la donation se trouverait confirmée, et que l'héritier qui voudrait user de l'exception serait repoussé par la réplique de dol (5).

571. La disposition d'Antonin le Pieux qui voulut que la donation *inter parentes et liberos* fût valable par le seul consentement, lors même qu'il n'y aurait eu ni tradition, ni mancipation, pourvu qu'il n'y eût aucun doute sur la volonté des parties (ci-dessus, nº 562), apporta déjà, mais seulement pour cette donation spéciale, un notable changement aux règles ordinaires du droit, puisqu'elle fit de la convention de donner, entre ascendants et descendants, un pacte obligatoire, sans emploi de la stipulation ni d'aucun autre moyen civil de créer les obligations. Du reste, cette innovation

---

(1) VATIC. fragm. § 311. — (2) Ci-dessous, liv. 4, tit. 15. § 4. — (3) VATIC. fragm. § 266. — D. 44. 4. 5. § 5. f. Paul. — On peut induire, d'un fragment de Celse, au Digeste, que les préteurs et la jurisprudence avaient admis, plus tard, au profit du donateur, et avant le payement, non-seulement l'exception de la loi Cincia, mais même une action rescisoire (*rescissoria*), pour tout ce qui excédait le taux fixé. (DIG. 39. 5. 21. § 1. f. Cels.) — (4) VATIC. fragm. § 266. — (5) VATIC. fragm. § 259 : « Quoniam morte, Cincia removetur. » — §§ 312 et 313. — MACHELARD, *Dissert.* p. 327; LABBÉ, *ibid.* p. 398.

n'avait trait en rien à la loi Cincia, puisqu'elle ne s'appliquait qu'à des personnes exceptées de cette loi.

572. Mais la donation, considérée en général, subit une modification bien plus considérable, d'abord par les dispositions de Constance Chlore qui introduisirent la formalité de l'insinuation, et enfin, par celles de Constantin qui exigèrent la rédaction d'un acte écrit et le témoignage des voisins et autres témoins (ci-dessus, n° 562). Dès lors, la donation n'est plus uniquement une aliénation de propriété, ou bien une obligation, une libération de débiteur, accomplies par les moyens ordinaires du droit, et ne différant des autres actes semblables qu'en ce qu'elle est déterminée par un motif de libéralité : la donation devient un acte à part, qui, soit qu'elle consiste en aliénation, soit qu'elle consiste en obligation, exige des formalités spéciales et n'est valable que par l'accomplissement de ces formalités.

573. Nous avons parlé déjà des constitutions de Théodose et de Zénon qui, tout en maintenant l'insinuation, supprimèrent les autres formes imposées par Constantin (ci-dessus, n° 562). Enfin, arrivent les innovations de Justinien, qui, généralisant pour toutes les donations ce qu'Antonin le Pieux avait fait seulement pour celles faites entre ascendants et descendants, veut que le seul consentement, par écrit ou sans écrit, rende la donation parfaite, quoiqu'il n'y ait eu aucune tradition. Mais il faut bien s'entendre sur ce mot de *parfaite :* il ne signifie pas que la donation transfère de plein droit, sans tradition, et par elle-même, la propriété au donataire; mais seulement qu'elle engage le donateur, qui peut être actionné pour qu'il livre. La donation devient ainsi, et entre toutes personnes, non pas un contrat : ce nom n'est réservé qu'à certaines conventions reconnues et sanctionnées en cette qualité par l'ancien droit civil; mais elle devient un pacte obligatoire, pacte légitime. Du reste, ce sera la tradition seule qui rendra le donataire propriétaire; et, par conséquent, il n'est pas exact de dire que cette donation, convention ou pacte obligatoire, soit un genre d'acquisition, puisqu'elle n'en est que la cause.

Insinuari, c'est-à-dire que l'écrit constatant la donation doit être rendu public par son insertion parmi les actes des magistrats. Les donations non insinuées n'étaient pas nulles pour le tout, mais seulement pour ce qui excédait la somme prescrite.

Quasdam donationes : telles que celles qui sont faites par l'empereur ou à l'empereur; pour le rachat des captifs; pour la reconstruction des bâtiments incendiés ou écroulés.

574. *Certis ex causis.* Les causes d'ingratitude énumérées dans la constitution de Justinien sont : les injures graves, les violences contre la personne du donateur, les préjudices considérables occasionnés par dol dans sa fortune, l'attentat contre sa vie, l'inexécution des conditions de la donation. La révocation de la

libéralité pour cause d'ingratitude était toute personnelle contre le donataire ingrat, et ne pouvait pas être étendue contre ses successeurs ni contre les tiers (1).

575. La survenance d'enfant n'était, en droit romain, une cause de révocation que pour les donations de la totalité ou d'une quote-part des biens, faites par un *patron* sans enfant à *son affranchi*. Cette disposition introduite par Constantin (2), pour les patrons seulement qui avaient en quelque sorte cherché un fils dans leur affranchi, a été faussement considérée par quelques commentateurs comme applicable à tous autres donateurs.

576. On peut dire, pour indiquer les caractères de différence et de ressemblance entre la donation entre-vifs et la donation à cause de mort, que presque dans tous les points sur lesquels la donation à cause de mort diffère des legs, et que nous avons indiqués n° 561, elle se rapproche de la donation entre-vifs; et réciproquement, que presque toutes les ressemblances qu'elle a avec les legs (n° 560) constituent ses différences avec la donation entre-vifs. On peut remarquer, en outre, que la donation à cause de mort n'a jamais besoin d'être insinuée, et qu'elle peut avoir lieu entre mari et femme, à la différence des donations entre-vifs (3). (App. 4, l. 2.)

Des donations entre époux (donatio inter virum et uxorem) (4).

577. En effet, à l'égard des mariages dans lesquels la femme était passée *in manu viri*, l'hypothèse de pareilles donations entre-vifs ne pouvait se présenter; car la femme *in manu* ne pouvant rien avoir ni acquérir pour elle-même, toute propriété résidant sur le chef de famille, il ne pouvait être question de donations entre eux.

578. Quant aux mariages dans lesquels la *manus* n'ayant pas eu lieu, chaque époux conservait sa personnalité distincte, il fut reçu par la coutume romaine que les donations entre époux ne seraient point valables : « Moribus apud nos receptum est, dit Ulpien, ne inter virum et uxorem donationes valerent (5). » Les motifs tout à fait rationnels de cette prohibition sont exposés par le jurisconsulte, et par l'extrait qu'il rapporte d'une proposition de sénatus-consulte (*oratio*), faite par Antonin Caracalla (6).

579. Il faut distinguer en cette matière deux époques différentes : celle qui précéda le sénatus-consulte et celle qui le suivit.

Durant la première époque, la prohibition était absolue; la donation entre époux, par quelque acte qu'elle eût été effectuée,

(1) Code 8. 56. *De revocandis donationibus*. 10. — (2) *Ib*. 8. — (3) Dig. 39. 6. 43. f. Neratii. — (4) Sur cette matière et sur celle de la dot, qui va suivre, voir les ouvrages de nos savants collègues : M. Pellat, *Textes sur la dot*, 1853; M. Machelard, *Sur les donations entre époux*, 1856; M. Demangeat, *Sur le fonds dotal*, 1860; M. Gide, *Caractère de la dot*, 1872. — Labbé sur Machelard, *Dissertations*, 1882, p. 319. — (5) D. 24. 1. 8. — (6) *Ib*. 3. pr.

mancipation, tradition, stipulation ou tout autre, était nulle de droit : « *Ipso jure nihil valet quod actum est* (1). »

Depuis le sénatus-consulte rendu sous Antonin Caracalla, cette rigueur est modifiée. L'époux donateur pourra toujours révoquer sa donation; mais s'il meurt sans avoir manifesté aucune intention à cet égard, la donation se trouvera validée : « Ait oratio : *Fas esse, eum quidem qui donavit pœnitere; heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* (2). » On applique alors à cette donation ce qui se dit des legs et des fidéicommis : « *Ut sit ambulatoria voluntas ejus, usque ad vitæ supremum exitum* (3). »

580. Sous l'une comme sous l'autre de ces époques, certaines donations avaient été exceptées de la règle; et par conséquent elles étaient valables et irrévocables, quoique entre époux. Par exemple : — celles qui n'avaient pas le double effet d'appauvrir le donateur et d'enrichir le donataire, comme la donation d'un lieu pour sépulture, d'un esclave pour l'affranchir, etc. (4); — celles faites pour parvenir à une dignité (5); — pour rétablir un édifice détruit par accident (6); — pour divorcer (7), et quelques autres

581. Si l'homme et la femme ne sont encore que fiancés, ou si les noces contractées entre eux se trouvent nulles, il n'y a pas *vir et uxor;* la donation suit donc les règles ordinaires (8).

De la dot et des donations à cause de noces.

III. Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est; quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotem et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri, et constante matrimonio, sua constitutione permisit. Sed tamen

3. Il est un autre genre de donations entre-vifs, entièrement inconnu des anciens prudents, et introduit après eux par des empereurs plus récents. Cette donation, qui se nommait *ante nuptias*, était faite sous la condition tacite qu'elle ne serait réalisée que par le mariage même. On la nommait *ante nuptias*, parce qu'elle ne pouvait avoir lieu qu'avant les noces et jamais après leur célébration. Mais comme il avait été permis d'augmenter la dot, même après le mariage contracté, Justin, notre père, décida le premier, par une constitution, que dans ce cas on pourrait aussi, même pendant le cours du mariage, augmenter la donation anténuptiale. Cependant un

(1) Dig. 3. §§ 10 et suiv. — (2) *Ib.* 24. 1. 32. § 2. f. Ulp. — (3) *Ib.* § 3. — (4) *Ib.* 5. §§ 8 à 12 et 16. f. Ulp. — Paul. Sent. 2. 23. § 2. — (5) Dig. 24. 1. 40. f. Ulp. — Ulp. Reg. 7. § 1. — (6) Dig. 24. 1. 14. f. Paul. — (7) *Ib.* 11. § 11. f. Ulp. 12. f. Paul. — 60. § 1, et 62. f. Hermogen. — (8) Dig. 24. 1. 5. pr. f. Ulp.; 27. f. Modest.; 3. § 1. f. Ulp.; 65. f. Labéon.

nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur; et dotibus in hoc exæquantur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt; ita et istæ donationes quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur et constituantur.

nom impropre lui restait, puisqu'on la nommait *ante nuptias*, tandis qu'elle pouvait recevoir une telle augmentation après les noces. Aussi, voulant compléter les règles de cette matière, et rendre les mots conséquents avec les choses, nous avons constitué que ces donations pourraient non-seulement recevoir une augmentation, mais encore prendre naissance durant le mariage; qu'on les nommerait non pas *ante nuptias*, mais *propter nuptias* (à cause des noces); et qu'elles seraient assimilées aux dots en ce sens que, de même que la dot peut être non-seulement augmentée, mais encore constituée pendant le mariage, de même la donation à cause des noces pourra non-seulement précéder le mariage, mais encore être augmentée ou établie après qu'il aura été contracté.

582. La donation à cause de noces, de la part du mari, se lie intimement à la dot, de la part de la femme; il faut donc exposer les principes généraux qui régissent celle-ci, avant d'en venir à la première.

583. Le droit romain définit la dot : tout ce qui est apporté de la part de la femme au mari pour supporter les charges du mariage (*ad ferenda matrimonii onera*). La dot reçoit aussi la dénomination plus générale de *res uxoria* (chose venant de la femme), expression consacrée spécialement dans le nom de l'action en restitution de la dot (*rei uxoriæ actio*) (1).

584. Le système du droit romain sur cette matière s'est développé lentement, par la suite du temps. La dot n'était, pas plus que la donation entre-vifs, au nombre des contrats. Elle s'effectuait d'abord par la *dation* des objets, faite au mari avant le mariage : c'est-à-dire par la translation de ces objets en sa propriété, au moyen des actes d'aliénation reconnus par le droit civil, tels que la mancipation, la cession juridique, ou simplement la tradition pour les choses *nec mancipi* (2). Ensuite, lorsqu'on voulut s'obliger à donner une dot, et non la donner immédiatement, on employa les formalités de la stipulation : le mari stipulait la dot, et celui qui voulait s'engager à la donner promettait. Outre cette forme générale d'engagement, une forme particulière et toute spéciale à cet objet s'introduisit, la diction de la dot (*dictio dotis*); c'est-à-dire, selon toute apparence, la déclaration en termes solennels de ce que l'on constituait en dot, sans aucune interrogation préalable du mari (3). C'est ce que résume Ulpien en ces mots :

(1) *Vatican. J. R. Fragm.* §§ 94, 102, 112. — Inst. 4. 6. § 29. — Cod. 5. 13. — (2) Gai. 2. § 63. — (3) C'est une question controversée que de savoir si la diction de dot constitua une sorte de contrat particulier, indépendant de la nécessité ordinaire d'une interrogation et d'une réponse conforme. Les formes

« Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur (1). » Et voilà pourquoi la dot, sous le rapport de la manière dont elle a été constituée, est ou donnée (*data*), ou dite (*dicta*), ou promise (*promissa*). La dation et la promesse, n'étant que des formes générales du droit civil commun, pouvaient être faites par tout citoyen; mais la diction, étant une forme spéciale et exceptionnelle, n'était permise qu'à la femme ou à ses ascendants paternels (2).

En dernier lieu, la convention, de quelque manière qu'elle eût été faite, finit par être considérée comme obligatoire, et nous trouvons dans le Code une constitution de Théodose et de Valentinien qui consacre ce principe (3). Dès lors, la *dictio dotis* dut commencer à disparaître. Il n'en est plus question sous Justinien.

585. Il paraît que ce fut de très-bonne heure qu'on permit non-seulement de constituer la dot avant le mariage, mais encore de l'augmenter ou même de l'établir durant le mariage; car Théophile, dans sa paraphrase de ce paragraphe, parle à ce sujet des anciens jurisconsultes, et nous voyons, en effet, que cette faculté existait déjà du temps de Paul, qui s'exprime ainsi : « Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest (4). » Cependant les donations entre-vifs étaient prohibées entre époux; mais la constitution de dot était considérée comme différant essentiellement, dans son but, d'une donation ordinaire. — Du reste, lorsqu'elle précédait le mariage, elle était toujours censée faite sous la condition tacite que ce mariage aurait lieu : « Sed ante nuptias data, earum expectat adventum (5). »

586. La dot se trouva tellement favorisée par la législation, surtout depuis les lois qu'Auguste avait faites pour multiplier les mariages, qu'on en fit presque une chose d'intérêt public, ainsi que le manifeste cette maxime : « Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt (6). » Les filles avaient même une action pour forcer leur père ou leur aïeul paternel à les doter (7).

587. Sous le rapport des personnes par qui elle avait été con-

---

en détail de cette diction ne nous sont pas connues; mais son caractère tout spécial et exceptionnel résulte clairement, selon nous, des extraits d'Ulpien que nous citons ici, et nous trouvons au Digeste un grand nombre de fragments où il était question indubitablement d'une dot constituée par diction, et par lesquels nous pouvons comprendre que la formule de cette diction était à peu près celle-ci : « X TIBI DOTI ERUNT; FUNDUS SEMPRONIANUS DOTI TIBI ERIT; QUOD MIHI DEBES, DOTI TIBI ERIT, etc. » (D. 23. 3. *De jure dot*. f. 25. 44. § 1. 46. § 1, etc. — Peut-être le futur mari répondait-il : « ACCIPIO » (Terent. *Andria*. 5. 4).

(1) ULP. Reg. 6. § 1.

(2) « Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat : (item) parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt. » *Ib*. § 2. — Voir aussi *Vatic. J. R. Frag.*, §§ 99 et 100. — (3) COD. 5. 11. 6. — (4) PAUL. Sent. 2. 21 *bis*, § 1. — DIG. 23. 3. 4 et 41. § 1. f. Paul. — (5) PAUL. Sent. 2. 21 *bis*, § 2. — DIG. 23. 3. 21. f. Ulp. — (6) DIG. 23. 3. 2. f. Paul. — (7) DIG. 23. 2. 19. f. Marcian.

stituée, la dot était ou profectice (*profectitia*), ou adventice (*adventitia*). Profectice, si elle provenait du père ou de l'aïeul paternel, c'est-à-dire si elle avait été constituée par eux ou par quelqu'un pour leur compte : qu'il s'agît d'une fille en puissance, ou d'une fille émancipée, peu importait, car, à cet égard, ce n'était pas la puissance paternelle qu'on avait considérée (1). Adventice, si elle provenait de toute autre personne, constituée soit par la femme, de ses propres biens, soit par un tiers quelconque (2) : « Dos aut profectitia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventitia, id est ea quæ a quovis alio data est (3). Cette distinction était importante pour déterminer à qui devait revenir la dot, en cas que la femme vînt à mourir durant le mariage. La dot profectice devait revenir au père ou à l'aïeul paternel qui l'avait constituée : en la donnant, ils avaient rempli un devoir, satisfait à une obligation de paternité; leur fille morte durant le mariage, ils reprenaient ces biens. La dot adventice, au contraire, restait au mari survivant; à moins que le tiers qui l'avait constituée n'eût stipulé qu'en cas de prédécès de la femme elle lui reviendrait; cas auquel la dot se nommait spécialement *dos receptitia* (4). Si le mariage était dissous du vivant de la femme, soit par le divorce, soit autrement, la dot, qu'elle fût profectice ou adventice, revenait à la femme ou à ses héritiers (5). Justinien modifie cet ancien droit sur divers points, notamment en ce sens que, si la femme meurt durant le mariage, la dot adventice, au lieu de rester au mari, revient aux héritiers de la femme (6).

588. La génération successive de ce que nous appelons aujourd'hui le régime dotal est curieuse à étudier. Par quelle gradation, du mariage accompagné de la *manus* maritale, où la personnalité de la femme est absorbée par le mari, où tout ce que celle-ci avait est irrévocablement acquis au mari, est-on passé à un système dans lequel une dot, apportée par la femme pour soutenir les charges du ménage, lui est conservée et garantie? Ce serait fort intéressant, mais trop long à exposer ici en détail. Quoi qu'il en soit, dans le droit romain primitif sur la dot, le mari en devient maître absolu. Il peut disposer à son gré des biens qui la composent, les aliéner, les engager, les hypothéquer, sans distinction de meubles ni d'immeubles; car ils lui ont été livrés en propriété, par les moyens translatifs du domaine. — Une première restriction, qui paraît même n'avoir pas existé dans l'origine (7), est apportée à cette propriété du mari : l'obligation pour lui de rendre les biens dotaux à la dissolution du mariage; savoir : en même nature, qualité et quantité, ou bien l'estimation, pour les choses fongibles ou mises à prix par le contrat; et identiquement pour les autres choses. — Mais cette obligation de rendre en nature n'est encore sanctionnée

(1) Dig. 23. 3. 5. §§ 1 à 8; 11 et 12. f. Ulp. — (2) *Ib.* §§ 9, 11 et 14. — (3) Ulp. Reg. 6. § 3. — (4) *Ib.* §§ 4 et 5. — (5) *Ib.* §§ 6 et 7. — (6) Cod. 5. 13. const. 1. §§ 6 et 13. — (7) M. Gide, *Caractère de la dot*, § 1.

par aucune garantie précise; le mari, étant toujours propriétaire, peut toujours valablement aliéner; aucune loi ne lui interdit cette faculté ni pour les meubles ni pour les immeubles. Le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux n'existe pas encore en droit romain. — La première loi qui commence à l'introduire en partie est le plébiscite rendu au temps d'Auguste sous le nom de Lex Julia *De adulteriis et de fundo dotali*; ce plébiscite défend, sur le territoire italique, d'hypothéquer le fonds dotal de la femme même avec son adhésion, et de l'aliéner sans qu'elle y consente. L'immeuble dotal, à cette époque, est encore aliénable; seulement le consentement de la femme est exigé. — Enfin Justinien constitue entièrement l'inaliénabilité des immeubles dotaux, même avec le consentement de la femme; ces immeubles sont pour ainsi dire frappés de mainmorte durant le mariage : inaliénabilité que nous considérons aujourd'hui comme de l'essence du régime dotal. Le vieux principe que le mari est propriétaire de la dot reste toujours dans le droit : il était une vérité dans l'ancien; il est, sous bien des rapports, une fausseté dans le nouveau; mais il s'y perpétue comme un dicton (1). (App. 4, liv. 4.)

589. Quant à la donation *ante nuptias*, son usage ne s'introduisit que bien postérieurement à celui de la dot; les premières traces que nous en offrent les recueils du droit romain se placent sous Théodose et Valentinien, qui en parlent toutefois comme d'une institution déjà établie (2).

Cette espèce de donation, faite par le mari à la femme, avait toujours lieu avant les noces, puisque les donations entre-vifs étaient défendues entre époux.

Elle fut introduite par similitude et comme par compensation de la dot, et voici en quoi consistait cette compensation :

De même que la femme apportait sa dot pour soutenir les charges du mariage, de même le mari apportait la donation anté-nuptiale, qui était spécialement affectée à cet usage;

De même que le fonds dotal ne pouvait être engagé envers les créanciers, de même les choses qui composaient la donation anté-nuptiale étaient à l'abri de leurs poursuites, en ce sens que, durant le mariage, tant que le mari était pleinement solvable, la femme n'avait aucun droit à exercer sur les choses données, mais s'il devenait insolvable, elle avait une action personnelle et hypothécaire pour se les faire livrer, et même une action réelle pour vendiquer celles qui avaient été frauduleusement aliénées, et elle en jouissait pendant tout le mariage (3). Ainsi son sort et celui de ses enfants étaient assurés, tant par la dot que par la donation anté-nuptiale;

De même que la dot était restituée à la fin du mariage, de même

(1) Voir sur ce point les détails que nous donnons ci-dessous, tit. 8, pr. n[os] 597 et suiv. — (2) Cod. 5. 17. 8. § 4. — (3) Cod. 5. 12. 29. — 8. 18. 12. § 2. — Novell. 109. cap. 1. — Novell. 61. cap. 1, *princ.* §§ 1 et 3.

le mari, à cette époque, reprenait tous ses droits sur les objets composant la donation anténuptiale;

De même que, dans certains cas, la femme encourait comme punition la perte de sa dot, de même le mari, s'il se trouvait dans les mêmes cas, perdait sa donation;

Enfin, si les époux étaient convenus que le mari, en cas de survie, pourrait retenir une certaine part de la dot, par réciprocité, la femme avait droit à un semblable avantage sur la donation, si c'était elle qui survivait. D'après une constitution des empereurs Léon et Anthémius (an 468), il devait y avoir dans ces gains de survie égalité proportionnelle, le quart, le tiers, la moitié de la donation (1); d'après une novelle de Justinien, égalité numérique, la même somme pour celui qui survivrait (2).

Le texte explique du reste suffisamment comment et pourquoi Justinien permet d'augmenter et même de constituer cette donation pendant le mariage, et comment dès lors il en change le nom.

IV. Erat olim et alius modus civilis adquisitionis, per jus adcrescendi, quod est tale : Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit *vel vindicta, vel testamento;* eo casu pars ejus amittebatur, et socio adcrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, sævioribus autem dominis lucrum adcrescere, hoc, quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur: libertate cum effectu procedente, cujus favore antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestum est; et eo qui eam imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente; et socio indemni conservato, pretiumque servi, secundum partem dominii, *quod nos definivimus,* accipiente.

4. Le droit civil reconnaissait autrefois un autre mode d'acquérir, par droit d'accroissement; le voici : Si quelqu'un ayant un esclave en commun avec Titius, lui donnait la liberté *par la vindicte ou par testament,* il perdait sa part de propriété, qui accroissait à son copropriétaire. Mais comme c'était un exemple d'iniquité que l'esclave fût ainsi frustré des effets de son affranchissement, et que cet affranchissement tournât au détriment du maître le plus humain et au profit du maître le plus dur, nous avons, par notre constitution, porté un pieux remède à une chose si odieuse; et nous avons trouvé un moyen qui satisfait à la fois l'affranchissant, son copropriétaire et l'affranchi : la liberté, en faveur de laquelle les anciens législateurs ont souvent dérogé aux règles communes, sera réellement acquise; celui qui l'aura donnée jouira de voir sa liberté maintenue, et son copropriétaire sera indemnisé par le prix de l'esclave, qui lui sera payé en raison de sa part, *et selon la fixation que nous en avons faite.*

590. *Vindicta vel testamento.* Ceci n'est pas assez précis; la règle à laquelle le texte fait allusion consistait en ce que, si l'affranchissement était tel que l'affranchi eût dû être seulement latin-junien, ou déditice, il ne produisait aucun effet, et les deux copropriétaires gardaient chacun leur droit; mais s'il était tel qu'il eût dû rendre l'affranchi citoyen romain, c'était alors que l'accroissement avait lieu au profit du maître non affranchissant (3).

(1) Cod. 5. 14. 9. — (2) Novell. 97, cap. 1. — (3) Ulpiani Regul., tit. 1. § 18. — Pauli Sent. lib. 4, tit. 12. § 1.

Quod nos definivimus. On trouve ce tarif, dressé suivant l'emploi de l'esclave, dans une constitution de Justinien insérée au Code, liv. 7, tit. 7, 1, § 5.

DES ACTIONS RELATIVES AUX DONATIONS.

591. *Quant aux donations à cause de mort,* il faut distinguer si elles sont conditionnelles pour le cas de décès, ou immédiates, mais résolubles en cas de survie.

592. Si la donation est conditionnelle pour le cas de décès, jusqu'à ce que cette condition se soit accomplie, le donateur reste propriétaire, il a seul l'action réelle en vendication; le donataire n'a encore ni droit échu ni action. Cela posé, si le donateur, avant son décès, révoque sa libéralité, ou bien si la condition du décès vient à défaillir, le donataire n'a jamais eu de droit, et le donateur peut exercer contre lui la *vindicatio* pour se faire restituer la chose, si le donataire la possède; mais, si la condition s'accomplit, le donataire devient, par cela seul, propriétaire, et il acquiert, en conséquence, l'action en vendication (1) : jadis, en vertu de la tradition conditionnelle ou de la mancipation qui lui avait été faite; et peut-être même sous Justinien (n° 563) sans tradition.

593. Si la donation est immédiate, mais résoluble en cas de survie, le donataire reçoit immédiatement la chose, en devient propriétaire; il a donc l'action réelle en vendication (2). Mais, la donation étant résoluble, il peut arriver :

1° Que le donateur se repente et veuille révoquer sa libéralité. Les textes lui donnent, dans ce cas, deux actions : soit la *condictio,* action personnelle contre le donataire, pour soutenir que celui-ci est obligé à rétablir le donateur dans la propriété de la chose; soit l'action réelle, non pas *directe,* mais *utile,* accordée seulement par équité, par utilité (n° 558); car selon le droit strict, la propriété ne revenant pas au donateur *ipso jure,* il ne devait pas avoir d'action réelle (3).

2° Il peut encore arriver que la condition de survie s'accomplisse et résolve la donation. Alors le donateur a, pour se faire rétablir dans la propriété de la chose (4), ou bien, dans le cas où elle a été aliénée, pour s'en faire donner le prix s'il l'aime mieux (5), la *condictio* fondée sur ce que le cas prévu pour le maintien de la donation n'a pas eu lieu (*condictio quasi re non secuta*).

Outre cette action *in personam,* nous avons déjà dit qu'Ulpien lui donne encore, mais comme concession favorable et susceptible d'être contestée, une action *in rem* pour vendiquer la chose comme si la propriété lui était revenue de droit, par le seul effet de sa

(1) Dig. 39. 6. 29. f. Ulp. — (2) *Ib.* — (3) *Ib.* 30. f. Ulp. — (4) *Ib.* 35. § 3. f. Paul. — (5) *Ib.* 37. § 1. f. Ulp.; mais s'il s'agissait d'un esclave qui, depuis la donation, eût été affranchi, par faveur pour la liberté, on décide qu'il n'en pourrait demander que le prix. (*Ib.* 39. f. Paul.)

survie (1). Ces actions réelles, qu'une jurisprudence favorable lui accorde contrairement aux principes du droit strict, sont importantes, surtout vis-à-vis des tiers détenteurs, entre les mains de qui il peut ainsi poursuivre la chose.

594. *Quant aux donations entre-vifs*, il est évident que, si elles sont suivies de la tradition faite par le propriétaire, la propriété est transférée, et l'action réelle acquise au donataire; mais, puisque ces donations, dans la législation de Justinien, sont parfaites indépendamment de toute tradition, en ce sens qu'elles obligent le donateur à livrer, il faut examiner quelles sont les actions par lesquelles ce dernier peut être contraint à remplir son obligation. Si la donation a été faite avec la solennité d'une stipulation et d'une promesse conforme, alors ont lieu les actions ordinaires qui naissent de la stipulation (*condictio certi*, si la stipulation est déterminée; *ex stipulatu*, si elle est indéterminée). Mais si la donation a été faite par la seule convention, ce qui formait autrefois un simple pacte non obligatoire, alors l'exécution en est poursuivie par une action personnelle qui s'applique généralement aux divers cas dans lesquels une obligation a été introduite par une loi nouvelle, et qu'on nomme *condictio ex lege* (2). Mais quelle que soit l'action par laquelle le donateur soit poursuivi, il ne doit être condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il lui est possible de faire (3). Il ne répond pas de l'éviction, à moins qu'il ne s'y soit spécialement obligé, ou qu'il n'y ait eu dol de sa part (4).

TITULUS VIII.	TITRE VIII.
QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.	QUI PEUT ALIÉNER OU NON.

595. Après avoir exposé quels sont les *moyens d'acquérir la propriété*, c'est une suite naturelle d'examiner *par quelles personnes la propriété peut nous être transférée*, et *par quelles personnes elle peut nous être acquise*. Tels sont les sujets de ce titre et du suivant.

596. En règle générale, pour transférer à autrui la propriété par un mode quelconque, ce qui se nomme aliéner (*rem alienam facere*), il faut avoir cette propriété, et réciproquement, lorsqu'on

(1) Dig. 39. 6. 29. f. Ulp. L'action réelle et la condiction ne pouvant, par leur nature et en règle générale, se cumuler, parce que les prétentions du demandeur dans l'une et dans l'autre de ces actions sont radicalement contradictoires entre elles, ainsi que nous l'expliquerons par la suite; il y avait probablement (n° 546) un dissentiment entre les jurisconsultes, qui donnaient, dans ce cas, les uns l'action réelle, les autres l'action personnelle. L'action personnelle est conforme aux principes stricts du droit civil; l'action *in rem* n'est qu'une concession postérieure, plus favorable.

(2) « Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est » (Dig. 13. 2. f. Paul.). — Cod. 8. 54. 35. § 5. — (3) Dig. 39. 5. 12. f. Ulp.; 33. pr. et § 3. f. Hermog. — (4) *Ib.* 18. § 3. f. Ulp.

l'a, lorsqu'on est propriétaire, on peut aliéner. Cependant nous allons voir par le texte que ces deux règles souffrent exception.

Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus, invita muliere, *per legem Juliam*, prohibetur alienare, *quamvis ipsius sit*, dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat quæ Italicæ fuerant; et alienationes inhibebat quæ invita muliere fiebant, *hypothecas autem earum etiam volente;* utrique remedium imposuimus, ut et in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum *neque consentientibus mulieribus* procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.

Quelquefois il arrive que celui qui est propriétaire d'une chose ne peut l'aliénier; et réciproquement que celui qui n'en est pas propriétaire peut l'aliéner. Ainsi le mari ne peut, *d'après la loi Julia,* aliéner l'immeuble dotal contre la volonté de la femme, bien que cet immeuble, lui ayant été donné en dot, *lui appartienne.* Sur ce point, nous avons apporté des améliorations et corrigé la loi Julia : en effet, comme cette loi ne statuait que pour les biens de l'Italie, et que, de plus, elle défendait d'aliéner sans le consentement de la femme, et *d'hypothéquer même avec son consentement,* nous avons voulu que l'aliénation et l'engagement des immeubles dotaux soient prohibés aussi dans les provinces, et que ni l'un ni l'autre ne puissent avoir lieu *même avec le consentement de la femme,* de peur qu'on n'abuse de la fragilité de ce sexe au détriment de sa fortune.

597. *Per legem Juliam.* Lege Julia *de adulteriis,* nous dit Paul dans ses sentences, « *cavetur ne dotale prædium maritus invita uxore alienet* (1). » Le but de ce plébiscite rendu sous Auguste étant seulement de protéger la femme vis-à-vis du mari, l'aliénation peut avoir lieu avec son consentement.

Quamvis ipsius sit... Le système du régime dotal ne s'est développé dans le droit romain que par le laps de temps, ainsi que nous l'avons déjà dit (2) (nº 588). Dans le principe, les choses apportées en dot au mari lui étant livrées avec les formalités nécessaires pour transférer la propriété, elles lui appartenaient sans restriction : « Quamvis ipsius sit, dit Gaius, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum (3) » ; mots que les rédacteurs des Instituts ont remplacés par ceux-ci : *dotis causa ei datum,* vu la suppression de la mancipation et de la cession *in jure.* On l'obligea ensuite à rendre en nature, après la dissolution du mariage, les objets particuliers qui n'avaient pas été estimés; plus tard, la loi *Julia,* comme sanction de cette restitution, défendit d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de la femme. Si ces immeubles avaient été estimés lors de leur apport, et que le choix eût été laissé au mari de rendre à la dissolution du mariage l'estimation au lieu des immeubles, il est évident qu'il aurait le droit de les aliéner (4).

(1) Paul. Sent. lib. 2, tit. 21 *bis*, § 2. — (2) Voyez encore sur ce point l'excellent travail de M. Gide *sur le caractère de la dot*. — (3) Gai. Inst. comm. 1. § 63. — (4) Dig. 23. 5. 11. f. Afric

598. *Hypothecas autem etiam volente*. Justinien attribue ici à la loi *Julia* l'introduction de la règle qui, protégeant la femme contre sa propre faiblesse, défend d'hypothéquer l'immeuble dotal, même avec son consentement, l'hypothèque pouvant la conduire à une aliénation qu'elle n'avait point prévue (1). Mais aujourd'hui le silence de Gaius (II, § 63) sur ce point et la considération que l'hypothèque était inconnue en Italie du temps d'Auguste, ont donné crédit à l'opinion qui rattache cette disposition au sénatus-consulte Velléien portant interdiction à toute femme, mariée ou non, de s'obliger pour un tiers. Si cette interprétation est fondée, il en résulte que la femme pouvait, dans l'ancien droit, consentir à l'hypothèque du fonds dotal, lorsqu'il s'agissait de sa propre dette.

599. *Neque consentientibus mulieribus*. Ici le système dotal change et se complète; il ne s'agit plus seulement d'assurer, contre le mari, les droits de la femme à la restitution de son immeuble: il s'agit encore d'assurer cet immeuble contre la faiblesse de la femme elle-même, dans tous les cas où il doit lui revenir, à elle ou à ses héritiers, après la dissolution du mariage. En conséquence, il ne pourra être aliéné même avec son consentement. Voilà par quelle gradation on s'est trouvé conduit à ce principe de l'inaliénabilité du fonds dotal (*prædium*), principe qui, du reste, n'est pas appliqué aux objets mobiliers.

Si, contrairement à la prohibition, l'aliénation de l'immeuble dotal avait eu lieu, la nullité n'existerait qu'à l'égard de la femme ou de ses héritiers, lorsqu'ils voudraient se faire restituer l'immeuble.

600. La loi Julia devait, à moins de disposition contraire et formelle, ne statuer que pour le sol d'Italie, puisqu'à l'époque où elle a été rendue les provinces étaient encore sous un régime à part. Cependant, sous Gaius, il était déjà controversé si ce droit ne s'appliquait pas aux provinces : « Quod quidem jus utrum ad italica tantum prædia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur (2). » A l'époque et sous le système provincial de Justinien, il ne doit plus y avoir de différence.

I. Contra autem, creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest : sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amit-

I. Réciproquement, le créancier peut, d'après la convention, aliéner le gage, quoiqu'il n'en soit pas propriétaire. Mais cette aliénation peut être considérée comme ayant lieu par la volonté du débiteur, qui, en formant le contrat, est convenu que le créancier pourrait vendre le gage s'il n'était pas payé. Mais afin que les créanciers ne puissent éprouver d'empêchement dans la pour-

(1) Voir là-dessus la paraphrase de Théophile, sous ce paragraphe.
(2) Gai. Comm. 2. § 63.

tere videantur, nostra constitutione consultum est, ac certus modus impositus est per quem pignorum distractio possit procedere; cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abunde provisum est.

suite de leurs droits, et que d'un autre côté les débiteurs ne puissent paraître dépouillés légèrement de leur propriété, notre constitution a prescrit, pour la vente des gages, un mode déterminé de procédure, qui pourvoit amplement aux intérêts tant des créanciers que des débiteurs.

601. Cet exemple est tiré de Gaius, qui y ajoute celui du procureur, et celui du curateur qui, d'après la loi des Douze Tables, peut aliéner les choses du furieux (1). On peut en dire autant du tuteur à l'égard de son pupille, en faisant observer toutefois que, pour l'aliénation des immeubles ruraux, la permission du juge leur était généralement nécessaire.

Quant aux règles indiquées par le texte, relativement au gage, ce n'est pas ici le lieu de les développer; elles trouveront leur place lorsque nous traiterons de ce contrat. Il nous suffira de dire que, soit qu'il fût convenu, soit qu'il ne le fût pas, que le créancier à défaut de payement pourrait vendre le gage, c'était là une conséquence essentielle du contrat. On n'aurait pas même pu convenir du contraire, et le pacte *ne vendere liceat* n'enlèverait pas au créancier le droit de vendre; il lui imposerait seulement l'obligation d'annoncer la vente au débiteur par trois dénonciations préalables (2).

La constitution de Justinien, dont parle ici le texte, est insérée au Code (liv. 8, tit. 34, const. 3). Elle laisse aux parties le droit de régler, dans le contrat, le temps, le lieu et les autres conditions de la vente; ce n'est qu'à défaut de pareilles conventions que les formalités prescrites par cette constitution doivent être observées.

II. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideo si *mutuam pecuniam* alicui sine tutoris auctoritate dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque nummi *vindicari* possunt, sicubi extent. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, *condici* possunt; si mala fide, *ad exhibendum* de his agi potest. At, ex contrario, res omnes pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque, *si debitor pupillo solvat*, necessaria est debitori tutoris auctoritas; alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione quam ad Cæsarienses advocatos, ex sug-

2. Ici se place cette règle, que ni le pupille ni la pupille ne peuvent rien aliéner sans l'autorisation du tuteur. Si donc l'un d'eux, sans cette autorisation, *livre à quelqu'un une somme d'argent en prêt, il ne forme pas de contrat*, parce qu'il ne transfère pas la propriété de l'argent à celui qui la reçoit; et par conséquent les pièces peuvent être *vendiquées* partout où elles se trouvent. Mais si ces pièces ont été consommées par celui qui les a reçues du pupille : si c'est de bonne foi, on agira *par la condiction;* si c'est de mauvaise foi, par l'action *ad exhibendum*.—Au contraire, le pupille et la pupille peuvent acquérir valablement toutes choses sans l'autorisation du tuteur. D'où il suit que *si le débiteur paye au pupille*, il est néces-

(1) Gaius. Comm. 2. § 64. — (2) Dig. 13. 7. f. 4, 5 et 6.

gestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus : qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem *plenissima securitas*. Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eamdem summam petat, *per exceptionem doli mali* submoveri poterit. Quod si male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, quia temere, sine tutore auctore, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso, pupilli vel pupillæ solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis : cum silicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

saire pour ce débiteur que l'autorisation du tuteur intervienne, autrement il ne sera point libéré. Ce point a été réglé, sur les motifs les plus évidents, par la constitution que nous avons adressée aux avocats de Césarée, à la suggestion de Tribonien, cet homme éminent, questeur de notre palais impérial : constitution qui dispose que le débiteur d'un pupille pourra payer au tuteur ou au curateur, en s'y faisant toutefois autoriser préalablement par une sentence du juge, accordée sans aucuns frais. Ces formes observées et le débiteur ayant payé d'après la sentence du juge, ce payement lui donnera *pleine et entière sécurité*. Quant au payement qui aura été fait autrement que nous ne l'avons ordonné : si le pupille a encore l'argent en sa possession, ou s'il en a tiré profit, et qu'il demande une seconde fois la même somme, il pourra être repoussé *par l'exception de dol*. Mais s'il l'a inutilement consommée, ou perdue par vol, le débiteur ne pourra profiter de l'exception de dol, et il n'en sera pas moins condamné, parce qu'il aura payé imprudemment, sans se conformer à nos dispositions. En sens inverse, les pupilles ne peuvent payer sans l'autorisation de leurs tuteurs, parce qu'ils ne transfèrent pas la propriété de ce qu'ils livrent en payement, puisque aucune aliénation ne leur est permise sans cette autorisation.

602. Nous avons suffisamment développé, n°s 244 et suiv., cette règle que les pupilles ne peuvent pas, sans l'autorisation du tuteur, rendre leur condition pire, mais qu'ils peuvent la rendre meilleure. Nous avons montré que de cette règle découle, entre autres conséquences, le principe qu'ils ne peuvent rien aliéner, tandis qu'ils peuvent tout acquérir. C'est ce principe dont le texte développe ici les suites, dans trois cas particuliers que nous allons brièvement parcourir.

603. Premier cas. *Si mutuam pecuniam dederit* (si le pupille, sans autorisation, donne de l'argent en *mutuum*). Le *mutuum* est le prêt que nous nommons prêt *de consommation* (voyez ci-dessus, n° 23). Cet acte était rangé par le droit civil des Romains au nombre des *contrats;* il avait pour effets principaux : de transférer à l'emprunteur la propriété des choses qui lui étaient livrées en *mutuum;* et, par suite, de l'obliger à rendre les choses à l'époque fixée, non pas identiquement, mais en transférant à son tour au prêteur la propriété de choses de même nature, qualité et quantité. Cette obligation que contractait l'emprunteur était l'obligation essen-

tielle du *mutuum;* le prêteur en poursuivait l'exécution par la *condictio certi,* action personnelle, qui n'était pas spéciale au *mutuum* seul, mais qui s'appliquait à divers autres cas, et par laquelle, dans l'espèce du *mutuum,* le prêteur soutenait que l'emprunteur était obligé de lui livrer en propriété telles choses, de telle qualité, en tel poids, nombre ou mesure.

Non contrahit obligationem, il ne forme pas de contrat (*contrahere* s'entend ici activement). Le pupille ne pouvant aliéner, les objets qu'il livre ne deviennent pas la propriété de celui qui les reçoit, cet effet essentiel du *mutuum* n'est pas produit; par conséquent, l'obligation essentielle qui en est la suite (savoir, celle de remplacer, à l'époque convenue, les choses acquises par suite du prêt, en transférant au prêteur des choses de même nature, qualité et quantité) ne peut prendre naissance, ni par conséquent la *condictio certi,* qui a pour but d'en poursuivre l'exécution. Il résulte seulement de la livraison faite par le pupille que celui à qui il a livré se trouve détenteur de choses appartenant au pupille.

604. Cela posé, voyons quelles actions a le pupille pour obtenir la restitution de ces choses.

1° Si les choses n'ont pas été consommées, et se trouvent encore identiquement dans les mains de celui qui les a reçues, le pupille aura la *vendication* (*rei vindicatio*), action par laquelle il soutiendra que ces choses sont à lui. Évidemment ce ne sera pas le cas d'intenter la *condictio certi,* c'est-à-dire de soutenir que le détenteur est obligé de *transférer* en remplacement la *propriété* de choses de même nature, qualité et quantité;

2° Si les choses ont été consommées de bonne foi : alors le pupille ne peut plus les vendiquer, puisqu'elles n'existent plus; c'est le cas d'intenter la *condictio certi* pour qu'on lui *transfère en propriété* des choses de même nature, qualité et quantité;

3° Si les choses ont été consommées de mauvaise foi : le pupille aura l'action *ad exhibendum.* Il faut se reporter à ce que nous avons dit sur cette action (n° 387). On y verra qu'elle avait pour but de faire *exhiber,* représenter identiquement, par quelqu'un, des choses qu'il avait cachées, fait disparaître, *ou même détruites* de mauvaise foi; que, dans ce dernier cas, ne pouvant, par suite de son dol, exhiber identiquement des choses qui n'existaient plus, il était condamné à des dommages-intérêts fixés par le serment du demandeur (1); et c'était là l'avantage qu'offrait l'action *ad exhibendum.* Le pupille avait aussi la *rei vindicatio* (2).

605. DEUXIÈME CAS. *Si debitor pupillo solvat,* si un débiteur fait un payement au pupille. Le pupille, ne pouvant rendre sa condition pire, ne peut éteindre ses créances, c'est une règle bien établie : cependant, comme il peut tout acquérir, il devient propriétaire de ce que lui livre le débiteur, et ce dernier ne peut plus vendiquer les objets qu'il a livrés; voilà pourquoi, de ce que le

(1) D. 12. 3. 5. pr. fr. Marcian. — (2) D. 6. 1. 36. pr. fr. Gaius.

pupille peut tout acquérir, il résulte qu'il est nécessaire pour le débiteur de ne rien lui livrer en payement sans l'autorisation du tuteur. Il faut bien remarquer, en effet, que c'est dans l'intérêt du débiteur, et non du pupille, que le texte parle de la nécessité de l'autorisation (*necessaria est debitori tutoris auctoritas*). Dans ce sens, le *ideoque* du texte exprime une conséquence très-logique, et ce n'est que faute de l'avoir ainsi entendu que les commentateurs y ont vu une inconséquence.

Le débiteur ne pouvant plus vendiquer les choses qu'il a livrées, puisque le pupille les a acquises, il ne reste plus en sa faveur que les conséquences de ce principe, que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, principe qu'on applique aussi aux impubères, ainsi que nous l'avons déjà dit (n° 245). Voilà pourquoi il reste au débiteur l'*exception de dol*, pour faire tenir compte de ce qu'il a livré, jusqu'à concurrence de tout ce dont le pupille a profité.

606. *Plenissima securitas.* La constitution que Justinien indique ici est insérée au Code (liv. 5. tit. 37, const. 25). Elle ne s'applique pas au payement des fermages, intérêts et autres revenus qui sont dus au pupille. Pour apprécier les effets de cette constitution et le sens de ces mots *plenissima securitas*, il faut observer que, selon le droit, le payement fait avec l'autorisation du tuteur libère le débiteur, et la dette se trouve éteinte; — mais si, par la suite, le pupille ne pouvait recouvrer de son tuteur cette créance qui avait été payée, et si, à cause de l'insolvabilité de ce tuteur, il se trouvait ainsi exposé à éprouver un préjudice, il pouvait arriver que le préteur lui accordât, selon les circonstances, une restitution en entier (*in integrum restitutio*), c'est-à-dire le replaçât dans son premier état, fît revivre sa créance, ainsi que nous l'avons déjà expliqué (n° 269). C'était la chance de cette *restitutio in integrum* que le débiteur évitait en ne payant au tuteur que d'après une permission du juge, et voilà pourquoi ce payement lui procurait pleine et entière sécurité.

607. TROISIÈME CAS. *Si l'impubère paye sans autorisation.* Le payement, en droit romain, était un acte d'aliénation, puisque la chose due en propriété n'était pas aliénée par la convention elle-même, mais seulement par la tradition. Le pupille ne pouvait donc payer valablement, et il faut appliquer ici ce que nous avons dit des choses qu'il aurait livrées en *mutuum*.

TITULUS IX.	TITRE IX.
PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.	PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT.

608. Le trait caractéristique du droit romain, en cette matière, consiste dans les deux principes déjà indiqués (ci-dess., n° 234) : Le premier, que, selon le droit civil, la personne du citoyen romain ne peut être représentée par une autre; chacun peut seul, pour soi-même, agir dans les actes civils, contracter, acquérir. Le second, que tous ceux qui sont soumis au chef de famille ne sont censés

faire qu'une seule et même personne avec lui, leur individualité se confond dans sa personne, s'identifie avec elle. Comme partie subordonnée, comme dépendance, comme instrument de cette personne, ils peuvent donc intervenir à sa place dans divers cas, contracter, acquérir pour elle. Le texte examine ici, relativement à l'acquisition de la propriété, d'abord les conséquences de ce dernier principe, et ensuite celles du premier.

Adquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habetis : item per eos servos in quibus usumfructum habetis; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentius dispiciamus.

Vous acquérez non-seulement par vous-mêmes, mais par ceux que vous avez en votre puissance; par les esclaves sur lesquels vous avez un droit d'usufruit; et par les hommes libres et les esclaves d'autrui que vous possédez de bonne foi. Traitons de chacun d'eux plus spécialement.

609. Vous acquérez par ceux qui sont soumis à votre puissance: c'est-à-dire que les événements d'où découle la propriété, bien qu'ils se réalisent en leur individu, produisent la propriété non pour eux, mais pour vous, parce que leur individualité se confond dans votre personne, dont ils sont censés n'être qu'une dépendance, qu'un instrument. Mais comme cette confusion n'est pas complète dans tous les cas, comme elle varie selon la nature du pouvoir, l'acquisition de la propriété n'est pas produite, non plus, pour toute chose à l'égard de tous; elle n'a lieu qu'avec plus ou moins d'étendue, selon les personnes et selon les droits auxquels elles sont assujetties.

Acquisition par les fils de famille.

1. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerint, applicare. Quod nobis inhumanum visum est; et generali constitutione emissa et liberis pepercimus et patribus honorem debitum servavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundum antiquam observationem, totum parenti adquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accessit, hoc

1. Jadis les enfants de l'un et de l'autre sexe faisaient acquérir au chef de famille sous la puissance duquel ils se trouvaient tout ce qui leur obvenait, excepté toutefois les pécules castrans : à un tel point que ce que le chef de famille avait ainsi acquis par un de ses enfants, il était maître de le donner, de le vendre ou de le transporter d'une manière quelconque à tout autre de ses enfants ou même à un étranger. Nous avons vu là de l'inhumanité, et, par une constitution générale, nous avons en effet sanctionné que tout ce qui obviendra aux enfants par la chose du père sera acquis en totalité à ce dernier, conformément à l'ancien droit. Quelle injustice peut-on trouver en effet à ce que ce qui provient du père retourne au père? Mais pour les acquisitions que le fils de famille fera pour toute autre cause, le père n'en obtiendra que l'usufruit, la propriété restera au fils; afin que ce dernier n'ait point la douleur de voir pas-

in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

ser à un autre le produit de son labeur ou de sa bonne fortune.

610. Le principe général était que celui qui se trouve en la propriété d'autrui ne peut rien avoir lui-même en propriété. C'est ce que nous dit Gaius dans ses Instituts : « Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest (1). » Par conséquent, ceux qui étaient *in potestate,* ce qui comprend les fils de famille et les esclaves; ceux qui étaient *in manu,* c'est-à-dire les femmes qui avaient passé sous la main de leur mari, et ceux qui étaient *in mancipio,* c'est-à-dire les personnes libres soumises au droit de *mancipium,* ne pouvaient rien avoir en leur propriété : aussi disait-on de toutes ces personnes, sans établir aucune différence entre elles, que tout ce qu'elles recevaient par mancipation ou par tradition, ce qu'elles stipulaient ou ce qu'elles acquéraient par une cause quelconque, était acquis non pour elles, mais pour le chef de famille. « Acquiritur autem nobis, dit Ulpien dans ses Règles de droit, etiam per eas personas quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid, mancipio puta, acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet (2). »

Il n'y avait d'autre adoucissement à cette rigueur du droit que l'usage dans lequel étaient les chefs de famille de laisser à ces personnes, et notamment à leurs fils ou à leurs esclaves, une certaine portion de biens, dont ils avaient personnellement l'administration et l'usage, mais seulement par tolérance, tant que le chef de famille le voulait bien, et toujours en son nom. C'était là ce qu'on nommait un *pécule.* Dans cet état du droit, le pécule du fils de famille ne différait pas de celui de l'esclave.

Nous ne nous occuperons pas davantage des personnes placées *in manu* ou *in mancipio,* qui n'existaient plus sous Justinien : ce que nous en avons dit (n°s 150 et suiv., 173 et suiv.) suffira.

Quant aux fils de famille, voyons par quelles transitions ils ont passé, relativement aux biens, jusqu'à Justinien.

611. Dès les premiers temps de l'empire, époque où des constitutions impériales prodiguèrent des priviléges aux soldats, sous Auguste, sous Néron, sous Trajan, il commença à être établi que ce que les fils de famille auraient acquis à l'occasion de leur service militaire, ils en pourraient disposer soit entre-vifs, soit par testament, comme s'ils étaient à cet égard pères de famille. Ce fut là ce qu'on nomma pécule des camps, *castrense peculium;* et cette règle passa en axiome : « Filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur (3). » En effet, il faut remarquer

(1) Gai. Inst. Comm. 2. § 87. — (2) Ulp. Regul. tit. 19. § 18. — Voyez aussi Gaius, 2. § 86. Toutefois, il existait une différence controversée, relativement non à la propriété, mais à la possession, entre les personnes *in potestate,* et celles qui étaient seulement *in manu,* ou bien *in mancipio.* Voy. Gai. Inst. comm. 2. § 90. — (3) Dig. 14. 6. *De sen.-cons. Macedoniano,* 2. f. Ulp.

que, dès cette époque, reconnaître aux fils de famille la capacité d'être propriétaires, d'avoir des choses à eux, par conséquent d'en disposer et de faire les actes que le commerce de ces choses comportait, ce fut leur constituer une personnalité à eux, une personne civile distincte de celle des chefs de famille, et que, dès lors, ce principe du droit primitif, que les fils de famille n'ont pas de personne, que leur individualité s'absorbe dans la personne du chef dont ils ne sont qu'une dépendance, qu'un instrument, commença à devenir faux. Un titre du Digeste énumère en détail ce qui est compris ou ce qui n'est pas compris dans le pécule castrans (1).

612. Plus tard, et à l'imitation du pécule castrans, il fut établi par d'autres empereurs que certains biens, quoiqu'ils ne fussent pas acquis dans le service militaire, appartiendraient aux fils de famille comme les biens castrans : ce fut là ce qu'on nomma le pécule *quasi castrense*. Certains passages d'Ulpien prouveraient, sauf interpolation, qu'au temps de ce jurisconsulte ce pécule était déjà connu; mais ce fut Constantin le Grand qui en développa les règles, et après lui quelques empereurs l'étendirent encore. Constantin érigea en pécule quasi-castrans tout ce que les différents officiers du palais, dont l'énumération se trouve dans sa constitution, auraient gagné pendant leurs fonctions, soit de leurs économies, soit des dons de l'empereur (2). Cette faveur d'avoir un pécule quasi-castrans fut étendue successivement à d'autres professions : par Théodose et Valentinien aux avocats prétoriens et à divers fonctionnaires du prétoire préfectoral; par Honorius et Théodose aux assesseurs et aux avocats de toutes les juridictions; par Léon et Anthémius à tous les avocats plaidant pour les parties, aux évêques, aux chefs de presbytères et aux diacres orthodoxes; et enfin, d'après Justinien, tout ce qui provenait d'une libéralité impériale en faveur du fils de famille formait pécule quasi-castrans. Les fils, à l'égard de ce pécule, étaient considérés comme chefs de famille aussi bien que pour le pécule castrans.

613. Constantin institua aussi un troisième genre de pécule, que les commentateurs ont nommé pécule adventice (*peculium adventitium*), qui se composait, d'après la constitution de cet empereur, de tous les biens recueillis par les fils de famille dans la succession de leur mère, soit par testament, soit *ab intestat;* le père n'acquérait sur ce pécule qu'un droit d'usufruit, la propriété restant au fils (3). Arcadius et Honorius l'étendirent à tout ce qui provenait au fils de famille, soit par succession, soit par libéralité, de l'aïeul, aïeule ou autres ascendants de la ligne maternelle (4); et Théodose et Valentinien à tout ce qui provenait d'un époux à

(1) Dig. 49. 17. *De castrensi peculio.* — (2) Cod. 12. 31. *De castrensi omnium palatinorum peculio; lex unica.* — (3) Cod. 6. 59. *De bonis maternis.* 1. — (4) *Ib.* 2.

l'autre (1). — D'après la constitution de Justinien, rappelée dans le texte ci-dessus, ce genre de pécule est encore plus étendu : il comprend tout ce que les fils de famille acquièrent par une cause quelconque, sauf ce qui provient de la chose du père (2).

614. Ainsi, sous Justinien, la position des fils de famille, quant aux biens, est loin d'être ce qu'elle était jadis : ils ont premièrement le pécule proprement dit, c'est-à-dire les biens dont le père leur abandonne précairement l'administration et la jouissance, pécule que les commentateurs ont nommé *profectice*, et qui, provenant du père seul, appartient réellement au père. En second lieu, ils ont en toute propriété, comme de véritables chefs de famille, pouvant en disposer entre-vifs ou par testament, les pécules castrans et quasi-castrans, sur lesquels le père n'a aucun droit. Enfin, tous les autres biens provenant d'une cause quelconque, et compris par les commentateurs sous le nom de pécule *adventice*, leur appartiennent en propriété, sans qu'ils puissent néanmoins en disposer soit entre-vifs, soit par testament; leur père n'en a que l'usufruit : il est même des cas où il est privé de cet usufruit, par exemple si les biens n'ont été légués au fils de famille qu'à cette condition. — Le chef n'est donc plus le seul propriétaire dans la famille, le fils ne va plus se confondre, s'absorber en lui; sa personnalité propre est constituée : le droit de Rome n'existe plus. (App. 1, liv. 3.)

II. Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens emancipando liberum, ex rebus quæ adquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere si voluerit, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis. Et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defraudetur; et quod honoris ei ex emancipatione additum est, hoc per rerum diminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens, pro tertia dominii parte quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed ususfructus, retineat. Ita hæ res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

2. Nous avons aussi statué sur cette faculté qu'avait le père de famille, en vertu des anciennes constitutions, de retenir, lorsqu'il émancipait ses enfants, le tiers des biens soustraits à son droit d'acquisition, comme pour se payer de l'émancipation. Le fils se trouvait ainsi rigoureusement dépouillé, par suite de l'émancipation, du tiers de ses biens; et ce qu'il gagnait en considération, en devenant son maître, il le perdait par la diminution de sa fortune. Nous avons donc ordonné qu'au lieu du tiers des biens en toute propriété, le père de famille en retiendra la moitié, mais en usufruit seulement. Par cet arrangement, la propriété de ces choses restera intacte sur la tête du fils, et le père jouira d'une valeur plus forte, la moitié au lieu du tiers.

615. Par l'émancipation, la puissance paternelle cesse, et avec elle l'usufruit que le père de famille avait sur les biens de ses enfants; mais des constitutions impériales lui donnaient, dans ce cas, le droit de retenir, comme prix de l'émancipation, le tiers, en toute propriété, des biens dont il perdait l'usufruit. D'après

(1) Cod. 6. 60. 1. — (2) *Ib.* const. 6.

Justinien, il en retiendra la moitié non pas en propriété, mais en usufruit seulement : ainsi, en définitive, il ne perdra par l'émancipation que la moitié de l'usufruit qu'il avait en qualité de père; mais ce ne sera plus au même titre qu'il jouira désormais de la moitié qu'il est autorisé à retenir, puisque ce ne sera plus en vertu de la puissance paternelle, laquelle est éteinte.

Acquisition par les esclaves dont on a la propriété, l'usufruit, l'usage ou la possession de bonne foi.

III. Item vobis adquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, *sive quid stipulentur*, vel ex qualibet alia causa adquirant : hoc enim vobis ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim (servus) qui in potestate alicujus est, nihil suum habere potest. Sed et *si heres institutus sit*, non alias nisi jussu vestro hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hereditas adquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis : et convenienter scilicet vobis *legatum* per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habetis vobis adquiritur, sed *etiam possessio*. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini; unde etiam per eos usucapio (vel longi temporis possessio), vobis accedit.

3. Pareillement ce que vos esclaves acquièrent par tradition, *soit par suite d'une stipulation*, soit par toute autre cause, vous est acquis; et cela même à votre insu et contre votre gré; car l'esclave soumis à la propriété d'autrui ne peut rien avoir lui-même en propriété. Toutefois, *s'il est institué héritier*, ce n'est que par votre ordre qu'il peut faire adition d'hérédité; mais cette adition étant faite par lui sur votre ordre, l'hérédité vous est acquise comme si vous aviez été personnellement institué. Vous acquérez aussi par vos esclaves *les legs* qui leur sont faits. — Ce n'est pas seulement la propriété que vous acquérez par les personnes soumises à votre puissance, *mais encore la possession*. Toute chose dont ils ont la possession, c'est vous qui êtes censé la posséder : par conséquent, l'usucapion, ou la possession de long temps, s'accomplit par eux à votre profit.

616. Le droit, par rapport aux esclaves, est resté dans toute sa rigueur primitive : ils n'ont rien à eux. Il n'existe à leur égard d'autre pécule que celui dont le maître leur abandonne, tant qu'il le veut bien, l'administration et la jouissance précaire, et dont il est, aux yeux de la loi, toujours propriétaire.

Ce paragraphe s'occupe de deux espèces de droits que le maître acquiert par son esclave, savoir : la propriété et la possession. Examinons l'un et l'autre.

617. Quant à la propriété, tout ce qui est acquis par l'esclave au moyen d'une cause quelconque productive de propriété (*ex qualibet causa*), tout cela est immédiatement acquis au maître à son insu, et même contre son gré (*ignorantibus et invitis*). Voilà la règle générale.

Le texte traite ensuite de deux moyens particuliers : l'hérédité et le legs.

Sive quid stipulentur. La stipulation, ainsi que nous l'avons déjà dit plusieurs fois, n'était pas un moyen d'acquérir la propriété, mais seulement d'obliger envers soi le promettant. Le texte doit donc être entendu en ce sens qu'il s'agit, non pas sim-

plement d'une stipulation non encore exécutée, mais bien d'une *tradition* faite à l'esclave, par suite soit d'une stipulation précédente, soit de toute autre cause, par exemple, par suite d'un achat, d'une donation, d'une convention. — Néanmoins il est également vrai que les esclaves, qui ne pouvaient pas *promettre* pour leur maître, ni l'obliger personnellement, pouvaient stipuler pour lui, et que le bénéfice de la stipulation, c'est-à-dire l'action contre le promettant, était dévolu au maître. Mais cette matière est traitée plus loin, au livre des Obligations (1), et non pas ici, où il ne s'agit que des moyens d'acquérir par autrui la *propriété* ou la *possession*.

618. *Si heres institutus sit*. L'acquisition d'une hérédité n'est pas une acquisition ordinaire : elle comprend non-seulement les biens, mais encore les charges, les dettes, les obligations qui composent l'hérédité; elle emporte substitution de l'héritier en la personne du défunt. L'héritier ne se borne donc pas à acquérir en faisant adition d'hérédité; il s'oblige personnellement. Voilà pourquoi la règle générale que les maîtres acquièrent par leurs esclaves, à leur insu et contre leur gré, ne s'appliquait pas à l'hérédité : l'esclave ne pouvant obliger son maître, ne pouvait par conséquent faire adition d'hérédité que de son consentement et par son ordre. (V., par analogie, Append. 5, liv. 1.)

619. *Legatum*. Le legs différait de l'hérédité sur des points importants, qui produisaient des différences notables dans l'acquisition de l'un ou de l'autre par l'esclave. Ainsi :

Premièrement : le legs, à la différence de l'hérédité, n'entraînait aucune succession aux dettes ni aux obligations du défunt; en conséquence le legs fait à l'esclave était acquis au maître à son insu et contre son gré.

Secondement : le droit éventuel au legs était acquis au légataire dès la mort du testateur (2); tandis que l'hérédité n'était acquise à l'héritier institué que par l'adition et au moment de l'adition. Voici les conséquences qui dérivaient de là : le legs fait à l'esclave était acquis au maître auquel il appartenait *au moment de la mort du testateur;* tandis que l'hérédité laissée à l'esclave était acquise au maître auquel il appartenait *au moment de l'adition*, et par l'ordre duquel il faisait cette adition.

620. Si l'on demande à quoi pouvait servir de laisser ainsi un legs ou une hérédité à l'esclave plutôt qu'au maître, puisque c'était celui-ci qui, en définitive, devait être censé ou légataire ou héritier, le voici : le maître auquel l'esclave appartenait au moment où le testament était fait n'entrait pour rien dans la libé-

---

(1) Inst. liv. 3, tit. 17. *De stipulatione servorum*. — (2) S'il était conditionnel, ce serait seulement dès l'accomplissement de la condition. Bien que le légataire eût dès ce moment acquis le droit éventuel à son legs, il ne pouvait en exiger la délivrance qu'après l'adition, ou qu'à l'échéance du terme s'il y en avait un. (Voir ci-dessus, n° 483.)

ralité; l'espérance du legs ou de l'hérédité reposait en quelque sorte sur la tête de l'esclave et le suivait dans ses diverses conditions, jusqu'à ce que cette espérance se fût réalisée en droit acquis. Ainsi à l'égard du legs, si l'esclave avant la mort du testateur passait à un autre maître, devenait libre ou mourait, l'espérance du legs passait avec lui, dans le premier cas à son nouveau maître, dans le second, à lui-même, dans le troisième elle devenait caduque. De même à l'égard de l'hérédité, tant que l'adition n'était pas faite, l'esclave emportait avec lui son institution; si avant l'adition il passait successivement à de nouveaux maîtres, il acquérait l'hérédité à celui qui lui ordonnait de faire adition; s'il devenait libre, à lui-même; et s'il mourait, son institution s'évanouissait. Un esclave sur la tête duquel reposait ainsi un droit d'hérédité était plus précieux, se vendait plus cher; et, s'il était tué, une plus forte indemnité était due à son maître, selon l'importance de l'hérédité. (V. nos 916 et suiv.)

621. *Sed etiam possessio*. Nous passons ici au second sujet que traite le texte : l'acquisition de la *possession* par les esclaves. Tout ce qui concerne la possession a été indiqué d'une manière bien superficielle dans les Instituts : il faut, à cet égard, se reporter à ce que nous en avons déjà dit ci-dessus (nos 346 et suiv., 395 et suiv., 402 et suiv.). Là nous avons vu que la possession légale se compose de deux éléments : le *fait*, qui consiste en ce que la chose est d'une manière quelconque en notre libre disposition; et l'*intention*, qui consiste dans la volonté de posséder comme propriétaire.

Cela posé, le *fait* existe toutes les fois qu'il s'accomplit dans la personne de notre esclave; car la chose que celui-ci a à sa libre disposition pour nous et en notre nom est par cela même à notre disposition. — Quant à l'*intention*, celle de l'esclave ne suffit pas, il faut que nous l'ayons nous-mêmes, c'est-à-dire que nous ayons nous-mêmes la volonté d'être considérés comme propriétaires de la chose que notre esclave détient en notre nom. — Ces deux règles sont exposées par Paul d'une manière bien laconique et bien exacte: « Animo nostro, corpore etiam alieno, possidemus (1). »

622. La conséquence qui découle de là, c'est qu'il n'en est pas de la possession comme de la propriété. Le maître ne peut pas acquérir la possession par son esclave à son insu et contre son gré. S'il suffit, pour le fait, qu'il s'opère en la personne de l'esclave, il faut que le maître en ait connaissance et veuille en profiter. C'est ce que dit encore Papinien : « Dixi... scientiam domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem (2). »

623. Toutefois une exception générale avait été faite, pour tout ce que l'esclave possédait ou recevait en possession comme entrant dans son pécule (*pro peculio*). Le maître en acquérait, même à son insu, la possession; parce qu'en lui accordant la permission

(1) Dig. 41. 2. 3. § 12. f. Paul. — (2) Dig. 41. 2. 44. § 1. f. Papin.

d'avoir un pécule, il était censé avoir la volonté de posséder en général tout ce pécule, et en particulier toutes les choses dont il se composerait. « Adquirimus possessionem, dit Paul, per servum aut filium qui in potestate est, et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permisimus. » Et plus loin il répète en d'autres termes le même motif : « quia videmur eas (quas servi peculiariter paraverunt) et animo et corpore possidere (1). »

Papinien, cherchant l'utilité de ce droit exceptionnel, l'explique en disant qu'il fallait empêcher que les maîtres ne se trouvassent dans la nécessité de s'enquérir à chaque instant et en particulier de chaque chose qui entrait dans le pécule, et de la cause qui l'y faisait entrer. Au lieu de ces inquisitions de détails particuliers, sa volonté et son autorisation générale devaient suffire. « Quæsitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quæreretur? Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere (2). »

624. Les mêmes principes sur l'acquisition de la possession par le moyen des esclaves doivent être appliqués aux fils de famille soumis à la puissance du père : avec les distinctions toutefois qui résultent des différentes espèces de pécules.

625. Lorsque le même esclave appartenait à plusieurs maîtres, la règle générale était qu'il acquérait à chacun proportionnellement à leur part dans la propriété, à moins qu'il n'eût désigné l'un d'eux, ou que quelque raison particulière ne dût faire attribuer l'acquisition à un seul ou à quelques-uns seulement.

IV. De iis autem servis in quibus usumfructum tantum habetis, ita placuit, ut quidquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur; quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatum quid ei, donatumve fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis adquirit. Item placet et de eo qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus : quod enim placuit de fructuario, idem placet et de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest : fructuarius vero usucapere non potest :

4. Quant aux esclaves sur lesquels vous n'avez qu'un droit d'usufruit, toutes les acquisitions qu'ils tirent de votre chose ou de leur travail sont pour vous; toutes celles qui proviennent de toute autre cause sont pour le maître de la propriété. Si donc cet esclave a reçu une hérédité, un legs ou une donation, ce n'est pas à l'usufruitier, c'est au propriétaire qu'il l'acquiert. Il en est de même de celui que vous possédez de bonne foi, que ce soit un homme libre ou l'esclave d'autrui; car la règle établie pour l'usufruitier s'applique également au possesseur de bonne foi : tout ce que cet homme acquiert autrement que par l'une des deux causes ci-dessus est donc acquis à lui-même s'il est libre, ou à son maître s'il est esclave. Mais il y a cette différence : que le possesseur de bonne foi, lorsqu'il aura possédé l'es-

(1) Dig. 41. 2. 1. § 5; et 3. § 12. f. Paul. — (2) Ib. 44. § 1. f. Papin.

primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi; deinde, quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel per liberam personam quæ bona fide vobis servit, adquiritur vobis; sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona, secundum definitionem quam proxime posuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

clave pendant le temps de l'usucapion, devenu par là propriétaire de cet esclave, acquerra par lui toute acquisition de quelque cause qu'elle provienne, tandis que l'usufruitier ne peut pas devenir propriétaire de l'esclave par usucapion : d'abord, parce que, n'en ayant que l'usage et les fruits, il ne le possède pas; et, en second lieu, parce qu'il sait que cet esclave appartient à autrui. Du reste, ce n'est pas seulement la propriété que vous acquérez par les esclaves dont vous avez l'usufruit ou la possession de bonne foi, et par les personnes libres qui vous sont asservies de bonne foi : vous acquérez encore la possession; toujours, bien entendu, pour chacune de ces personnes, dans les limites que nous avons déjà assignées, c'est-à-dire si la possession qu'ils ont reçue provient de votre chose ou de leur travail.

626. Ce paragraphe s'occupe des acquisitions que l'on peut faire, soit de la propriété, soit de la possession, par les esclaves dont on a seulement l'usufruit ou bien l'usage, ou par ceux que l'on possède de bonne foi, croyant en être propriétaire, quoiqu'on ne le soit pas.

1° Quant à l'esclave dont on n'a que l'usufruit, il faut se reporter aux règles que nous avons exposées ci-dessus (n°s 474 et suiv.); elles expliquent suffisamment les dispositions de notre paragraphe. L'usufruitier a l'usage de l'esclave, il peut donc l'employer à servir sur ses biens et dans ses affaires, le résultat de ses services lui est acquis; il en a, en outre, les fruits, il peut donc le faire travailler pour les autres, le prix qu'il retire de son travail est encore pour lui. Mais les institutions d'héritiers, les legs, les donations, les trésors trouvés par l'esclave ne sont pas des fruits, parce qu'un esclave n'est pas destiné à produire ces choses-là: l'usufruitier ne les acquiert donc pas. — Le texte ajoute *quidquid ex re vestra acquirunt :* l'acquisition provient de votre chose, par exemple si c'est votre chose que l'esclave a vendue, louée, etc.

627. 2° Quant à l'esclave dont on n'a que l'usage, le texte n'en parle pas ici; mais il suffit de se reporter aux règles que nous avons exposées (n°s 497 et suiv.). L'usager acquiert par lui ce qui est le résultat de l'usage qu'il peut en faire sur ses propres biens ou dans ses propres affaires, par exemple en lui faisant vendre les fruits de ses terres (1), en le mettant à la tête de son commerce (2). Mais il ne peut pas le faire travailler pour d'autres, et en retirer le prix; ce serait un fruit.

(1) Quant à la culture, elle peut être faite par un homme libre; il n'y a point là un mode d'acquisition. — (2) DIG. 7. 8. 16. § 2. f. Pomp. — 20. f. Marcell.

628. 3° Quant à celui dont on croit, de bonne foi, être propriétaire, et que l'on possède à ce titre, mais qui, en réalité, se trouve être un homme libre, ou l'esclave d'autrui, il faut recourir aux règles que nous avons exposées (nos 401 et suiv.) : avec des nuances toutefois que commande la nature des choses, et qui ressortent des fragments des jurisconsultes romains relatifs à ce genre d'acquisition, parce que les bénéfices qu'il est possible de tirer du travail ou des actes divers d'un esclave ne peuvent s'assimiler complétement aux fruits de la terre; ni pour la séparation du sol, ni pour la perception, ni pour d'autres points.

629. Le possesseur de bonne foi a cela de commun avec l'usufruitier, qu'il acquiert aussi l'usage et les fruits; mais il y a dans la manière dont il les acquiert des différences que nous avons déjà expliquées (nos 402 et 477), et qu'il est bon de se rappeler ici. Elles sont importantes pour savoir ce que le possesseur de bonne foi devra restituer au véritable maître de l'esclave dont la propriété sera prouvée; ou à l'homme qu'il possédait, lorsque son état d'homme libre sera découvert : sauf les nuances qui résultent de la nature si différente de ces sortes de fruits.

La différence importante qui existe aussi entre l'usufruitier et le possesseur de bonne foi à l'égard de l'usucapion est suffisamment expliquée dans le texte : elle est la conséquence des principes que nous avons exposés en traitant de l'usucapion.

Acquisition par une personne étrangère.

V. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis; item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur, *per extraneam personam nihil adquiri posse;* excepto eo quod *per liberam personam, veluti per procuratorem,* placet *non solum scientibus sed et ignorantibus* adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem; et per hanc possessionem *etiam dominium,* si dominus fuit qui tradidit, *vel usucapionem,* aut longi temporis præscriptionem, si dominus non fuit.

5. Par ce qui précède on voit que rien ne vous est acquis, quelle que soit la cause de l'acquisition, par les hommes libres qui ne sont pas soumis à votre pouvoir, ou possédés par vous de bonne foi; ni par les esclaves d'autrui, sur lesquels vous n'avez aucun droit d'usage, de fruits, ou de possession. De là vient cette règle *qu'on ne peut rien acquérir par une personne étrangère;* sauf cette exception, que, *par une personne libre, par exemple par procureur,* on peut, d'après une constitution du divin Sévère, acquérir *non-seulement à son escient, mais même à son insu, la possession,* et, par cette possession, *la propriété,* si celui qui a livré était propriétaire; ou bien, s'il ne l'était pas, *l'usucapion* ou la prescription de long temps.

630. *Per extraneam personam nihil adquiri posse.* Telle était la règle générale, que nous trouvons exprimée dans Gaius (1), et qui découlait de ce principe général que la personne du citoyen romain ne peut être représentée par une autre (V. ci-dessus,

(1) Gai. Inst. comm. 2. § 95.

n°s 234 et 608). Cependant, nous savons que cette rigueur de principes s'adoucit; qu'on distingua entre les actes du droit civil et les actes du droit des gens; que, pour ces derniers, on admit la possibilité d'agir par procureur, par gérant d'affaires. La même distinction fut admise quant à l'acquisition. Ainsi, la propriété, le domaine, étant un droit éminemment civil, la règle subsista toujours, qu'on ne pouvait l'acquérir par un tiers; mais la possession étant de droit des gens, s'acquérant naturellement, il fut reçu par des considérations d'utilité (*utilitatis causa*, dit Paul (1); *ratione utilitatis*, disent les empereurs Sévère et Antonin) (2), qu'on pourrait l'acquérir par une personne étrangère. Voilà ce que résume Modestin en ces termes : « Ea quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem : quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus (3). » C'est encore ce que porte un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, inséré au Code : « Excepta possessionis causa per liberam personam, quæ alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse indubitati juris est (4). » Ainsi distinguons deux choses, la propriété et la possession.

631. Quant à la propriété, on ne pouvait pas l'acquérir par une personne étrangère : ce qui ne veut pas dire seulement que le legs, l'institution d'héritier, ou tout autre événement productif de propriété, accompli en faveur de cette personne, ne pouvait pas opérer une acquisition pour nous, la chose est de toute évidence; mais ce qui signifie même que, si ce tiers recevait pour nous et comme notre représentant quelque chose par la mancipation ou par la cession *in jure* ou par tout autre moyen civil, dans l'intention de nous l'acquérir, cette acquisition n'avait pas lieu. Sous Justinien, la règle a bien perdu de son importance, soit par suite de la disparition de ces moyens d'acquérir de pur droit civil, soit parce qu'on a permis au maître d'acquérir en vertu de l'acte du procureur (5). (App. 9, liv. 3.)

632. Quant à la possession, voici l'explication du texte.

Per liberam personam, veluti per procuratorem adquiri possessionem. La possibilité d'être représenté par un autre dans la prise de possession d'un objet a été admise par la jurisprudence, en considération de l'utilité (*tam ratione utilitatis quam jurisprudentia*), et comme conséquence des règles naturelles de la possession. En effet, le fait physique d'avoir une chose en notre

(1) Per liberas personas quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est Paul. Sent. 5. 2. § 2. — (2) Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam jurisprudentia receptum est. » Cod. 7. 32. 1. const. Sever. et Anton. — (3) Dig. 41. 1. 53. f. Modest. — Cod. Just. 4. 27. 1. — (5) D. 3. 3. 63. fr. Papin.

possession, c'est-à-dire en notre puissance, à notre disposition, se trouve accompli, même lorsqu'un tiers, par exemple un procureur, un tuteur, un curateur, l'a prise pour nous : la chose est comme à notre disposition, ou, pour mieux dire, elle y est réellement, puisque c'est pour nous qu'on la détient (V. ci-dessus, n° 349). Mais le droit de possession ne consiste pas seulement dans le fait, il y faut encore l'intention; le fait peut bien s'accomplir en la personne d'un autre qui est pour nous comme un instrument; mais l'intention ne doit-elle pas être en nous, nous être exclusivement personnelle? Ce fut ici qu'on dérogea réellement au principe, en admettant la possibilité d'être représenté par un tiers étranger dans la prise de possession : puisque la possession put être acquise par une personne étrangère *non solum scientibus, sed et ignorantibus,* dit notre texte; *ignoranti quoque,* dit la constitution de Sévère et d'Antonin (1). Toutefois, il faut y mettre cette distinction. Si quelqu'un, gérant nos affaires sans que nous le sachions, reçoit pour nous une chose, pour une cause quelconque, comme nous ignorons entièrement cette détention qu'il exerce pour nous, la possession ne nous est pas acquise, elle ne le sera qu'au moment où nous en aurons connaissance (2). Mais si c'est notre procureur à qui nous avons personnellement donné mandat d'acheter, de recevoir pour nous, il nous acquiert la possession du moment qu'il reçoit la chose à sa disposition, et avant même que nous sachions qu'il l'a reçue; notre volonté conçue et donnée à l'avance suffit pour qu'il y ait de notre part intention suffisante (3).

633. *Et per hanc possessionem etiam dominium.* L'intention du vendeur, du donateur, de celui qui, pour une cause quelconque translative de propriété, a livré la chose à mon procureur en mon nom, a été de transférer la propriété, non pas à ce procureur, mais à moi. Le procureur m'a acquis, même à mon insu, le fait de la puissance sur la chose, le droit de possession; et comme conséquence de cette possession, la propriété est produite à mon profit. Ainsi, en définitive, lorsqu'il ne s'agira d'acquérir la propriété que par le moyen naturel de la tradition, ce qui est le droit en vigueur sous Justinien, et cela pour une cause quelconque, pour cause de vente, de dot, de donation, de payement, ou pour toute autre, l'intermédiaire d'un procureur pourra avoir lieu pour recevoir la possession, et par elle la propriété : « Si procurator rem mihi » emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine : dominium » mihi, id est proprietas adquiritur, etiam ignoranti (4). »

(1) Cod. 7. 32. 1. Constitution rapportée, à la page précédente, note 2. Dès le temps de la république, la possession pouvait être acquise par un procureur : *procuratorive heredive*. (*Lex thoria agraria*, cap. 33.) — (2) Dig. 41. 2. 42. § 1. f. Ulp. — Paul. Sent. 5. 2. § 2. — (3) « Procu- » rator, si quidem, mandante domino, rem emerit, protinus illi adquirit » possessionem. » (*Ib.*) — (4) Dig. 41. 1. 13. f. Nerat.; 20. § 2. f. Ulp. — 41. 3. 41. f. Nerat.

634. *Vel usucapionem.* Cependant il paraît, par la constitution de Sévère et d'Antonin, déjà plusieurs fois rappelée par nous, qu'on avait été plus sévère pour l'usucapion que pour la simple acquisition de la possession. Ainsi, on acquérait par son procureur la possession, même à son insu, du moment qu'il avait reçu la chose. Mais pour que l'usucapion commençât, il fallait qu'on eût la connaissance précise que la chose lui avait été livrée. Sans doute : puisqu'il fallait, pour l'usucapion, qu'il y eût non-seulement *intention*, mais encore *bonne foi* (1).

VI. Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum *singulæ res* vobis adquirantur; nam legatorum jus, quo et ipso singulæ res vobis adquiruntur (item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur), opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis *per universitatem* res vobis adquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis (vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint), ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est : nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus quæ ex testamento vobis obveniunt : qua in re, necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere.

6. L'indication sommaire que nous venons de faire des moyens par lesquels on acquiert *des objets particuliers* suffit pour le moment : car l'exposition du droit des legs, par lesquels vous acquérez, et des fidéicommis, par lesquels on vous laisse des objets particuliers, se trouvera mieux placée plus loin. Voyons donc maintenant les moyens d'acquérir les choses *par universalité*. Si vous êtes héritier ou si vous demandez la possession des biens de quelqu'un, si vous adrogez quelqu'un, ou s'il vous est fait addiction des biens d'un autre pour conserver les affranchissements, toutes les choses qui lui appartenaient vous sont transportées. D'abord traitons des hérédités : elles se divisent en deux classes; car elles sont déférées par testament ou *ab intestat;* commençons par celles qui nous obviennent par testament, et, à ce sujet, il est nécessaire d'exposer en premier lieu les formalités des testaments.

635. Les moyens d'acquérir exposés jusqu'ici, tels que l'occupation, la tradition, l'usucapion, ne s'appliquent, par leur nature, qu'à des objets certains et déterminés. Mais il est des moyens par lesquels on acquiert à la fois une masse composée de différentes choses, biens, droits, dettes et charges qui y sont comprises, quoiqu'elles ne soient point spécialement désignées. Telles sont l'hérédité, la possession des biens qui n'est qu'une hérédité prétorienne; l'adrogation par laquelle on acquérait jadis toute la fortune de l'adrogé, et quelques autres. Ces moyens font l'objet des titres qui suivent dans les Instituts.

636. Nous n'avons aucune action spéciale à exposer à l'occasion des deux derniers titres que nous venons d'expliquer. Les contrats et les différents actes des esclaves ou des fils de famille, par rapport à leurs pécules, donnaient bien naissance à certaines actions particulières. Mais ces actions concernent la matière des obligations, et non celle dont il vient d'être question, qui est l'acquisition de la propriété.

(1) Cod. 7. 32. 1. Voir le texte de cette constitution, page 417, note 2.

RÉSUMÉ DU LIVRE SECOND.

(TITRE I A IX.)

Division des choses. — Propriété et autres droits réels. — Moyens d'acquérir des objets particuliers.

DIVISION DES CHOSES.

Par *choses* on entend, en droit romain, tous les objets corporels ou de pure création juridique considérés comme soumis, ou du moins destinés aux besoins de l'homme, et par conséquent comme pouvant être l'objet des droits.

Les distinctions qui existaient jadis entre les choses *mancipi* et *nec mancipi*, entre les terres de l'Italie et celles des provinces, sont entièrement supprimées sous Justinien. — Le Digeste présente comme division principale celle en *choses de droit divin* et *choses de droit humain ;* les Instituts, celle en *choses hors de notre patrimoine* et *choses dans notre patrimoine.*

Sont *hors de notre patrimoine* les choses communes (*communia*), publiques (*publica*), de corporation (*universitatis*), enfin les choses qui ne sont réellement à personne (*res nullius*). Sont *dans notre patrimoine* les choses qui appartiennent à des particuliers (*res privatæ, res singulorum*).

Les choses *communes* sont celles dont la propriété n'est à personne et l'usage à tout le monde, telles que l'air, l'eau courante, la mer et ses rivages; le rivage de la mer s'étend *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit*.

Les choses *publiques* sont celles dont la propriété est au peuple et dont l'usage est commun, telles que les ports, les voies prétoriennes ou consulaires, les fleuves; quant à la rive du fleuve, elle appartient en propriété aux riverains, l'usage seul en est public.

Les choses de *corporation* sont celles dont la propriété est à une corporation et l'usage à tous ses membres, telles que les théâtres, les stades des cités; on entend par corporation (*universitas*) une réunion d'individus formant une sorte de personne légale qui peut posséder, être propriétaire, contracter, agir en justice; aucune corporation ne peut être formée qu'en vertu d'une loi.

Bien que les choses dont nous venons de parler appartiennent à des masses, cependant, comme elles ne sont à personne en particulier, et qu'elles se trouvent destinées à un usage commun, on les considère comme étant hors de notre patrimoine; ce qui les distingue du trésor, des créances, des esclaves et autres choses qui, n'étant pas livrées à l'usage public, sont dans le patrimoine du peuple ou des corporations.

Les choses *nullius* sont : 1° celles dont l'homme ne s'est pas encore emparé, ou qui lui ont échappé, ou qu'il a entièrement abandonnées, comme les animaux sauvages, leurs produits, les îles nées dans la mer, les objets rejetés par leur maître; — 2° celles qui sont retirées du commerce des hommes et qu'on nomme choses de droit divin (*res divini juris*). Ces dernières se divisent en choses sacrées (*sacra*), religieuses (*religiosa*), et saintes (*sancta*).

Depuis l'établissement de la religion chrétienne, les choses *sacrées* sont celles qui ont été solennellement consacrées à Dieu par les pontifes (*quæ rite per pontifices Deo consecrata sunt*). — La consécration d'aucun lieu ne peut être faite par de simples particuliers; elle doit être autorisée par l'empereur. — Les choses sacrées sont retirées du commerce; cependant une constitution de Justinien permet d'aliéner, pour le rachat des captifs et pour la nourriture des pauvres en temps de famine, les objets mobiliers consacrés au culte.

Les choses *religieuses* sont les lieux qui ont servi à recueillir les dépouilles d'un mort. — Chacun, par l'inhumation, peut rendre un terrain religieux, pourvu qu'il en soit propriétaire, ou qu'il ait le consentement de toute personne y ayant un droit quelconque de propriété, de copropriété, d'usufruit, d'usage ou de servitude; sinon le terrain ne deviendrait pas religieux. — Les choses religieuses sont retirées du commerce des hommes, et leur profanation punie civilement et criminellement.

Les choses *saintes* sont celles qui ne sont ni sacrées ni profanes, mais qui sont protégées par une sanction pénale (*quæ neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*), telles que les lois, les murs, les portes des cités. — Ces choses sont en quelque sorte de droit divin (*quodammodo divini juris sunt*). Le nom de *sancta* leur vient du verbe *sancire, sanctum*, sanctionner, garantir.

Les choses sont encore divisées par les Instituts en choses *corporelles* ou *incorporelles*. Les premières sont celles qui existent physiquement et tombent sous nos sens (*quæ tangi possunt*). — Les secondes, celles qui n'existent que légalement et ne peuvent tomber sous nos sens (*quæ tangi non possunt*).

On peut dire de ces dernières qu'elles comprennent tout ce qui consiste en des droits (*quæ in jure consistunt*), comme l'hérédité, les obligations, les servitudes, etc. — Ces droits peuvent être considérés comme des choses, parce qu'ils peuvent devenir à leur tour l'objet d'autres droits.

PROPRIÉTÉS ET AUTRES DROITS RÉELS.

En mettant à part les droits réels relatifs à l'état des personnes soit dans la société générale, soit dans la cité, soit dans la famille, et ne considérant que ceux qui ont uniquement pour objet la richesse matérielle, il faut compter comme tels, sous Justinien : — la propriété, — la possession, qui s'y réfère étroitement; — les servitudes, soit personnelles, soit prédiales; — les droits d'emphytéose; — de superficie; — et enfin de gage ou hypothèque.

Propriété (dominium, proprietas).

Sous les Douze Tables, il n'existait qu'un seul domaine, le domaine romain, propre aux seuls citoyens. — Plus tard s'introduisit en outre une sorte de propriété imparfaite et naturelle, et l'on distingua le domaine romain (*dominium ex jure Quiritium*) et le fait d'avoir une chose dans ses biens (*in bonis habere*). — Sous Justinien, ces distinctions n'existaient plus que de nom; une constitution impériale les supprime totalement, et l'on ne reconnaît plus qu'une seule propriété dépouillée du caractère spécial que lui avait imprimé le droit primitif, et semblable à celle des autres peuples.

La propriété donne sur la chose une puissance entière (*plenam in re*

potestatem) : pouvoir de l'occuper, d'en retirer tous les services, tous les produits, tous les profits, de la modifier, de la diviser, de l'aliéner, même de la détruire.

Parmi tous ces droits, on distingue, comme comprenant à peu près tous les autres, ou du moins les principaux : — le *jus utendi*, ou le droit de retirer les services ; — le *jus fruendi*, celui de percevoir les fruits ; — le *jus abutendi*, celui de disposer de la chose, soit en l'aliénant, soit en la détruisant ; — et enfin le *jus vindicandi*, celui de vendiquer la chose dans les mains de tout détenteur, dernier droit qui n'est que la sanction des autres.

De là est venue cette définition généralement adoptée par les commentateurs : *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur*.

Plusieurs des droits qui composent le domaine peuvent être détachés les uns des autres et appartenir même par fragments à différentes personnes; mais on considère toujours comme propriétaire celui à qui reste le pouvoir de disposer.

Possession (possessio).

Il faut bien distinguer la possession purement physique de la possession légale.

La possession physique (*nuda detentio, naturalis possessio, corporalis possessio*) n'est qu'un fait; c'est la détention, l'occupation réelle d'une chose. Ce fait n'est cependant pas sans quelque influence dans le droit.

La possession légale (*possessio*) est non-seulement un fait, mais un droit. Deux éléments la composent : le fait et l'intention. — Il y a fait légal de possession toutes les fois que la chose est, d'une manière quelconque, à notre libre disposition. — Quant à l'intention, elle consiste dans la volonté de posséder la chose comme maître.

La possession produit, selon les circonstances, différents avantages. — Elle donne la propriété soit des choses *nullius* dont on s'empare le premier, soit des choses que le maître veut aliéner en votre faveur; — elle fait gagner, dans certains cas, les fruits consommés, et même acquérir, au bout d'un temps fixé, la propriété des choses appartenant à autrui; — elle donne le droit de détenir la chose jusqu'à ce que quelqu'un ait prouvé en être propriétaire; — enfin on peut agir devant la juridiction pour conserver ou pour se faire rendre sa possession.

Plusieurs des droits qu'engendre la possession sont susceptibles d'être détachés les uns des autres et donnés à des personnes différentes; mais on considère toujours comme possesseur celui au nom de qui les autres détiennent.

Pour les objets incorporels il y a, non pas une *possession*, mais une *quasi-possession* composée aussi de deux éléments : le fait d'avoir à sa libre disposition l'exercice du droit, et l'intention d'exercer ce droit comme en étant le maître.

Actions relatives à la possession ou à la propriété.

Les droits de possession ou de quasi-possession sont poursuivis ou protégés par des interdits (*interdicta*), qui, depuis la suppression de la procédure par formules, sont devenus de véritables actions. — Les interdits, sous Justinien, se divisent, quant à ce qui concerne la possession, en trois classes : interdits pour acquérir, pour conserver ou pour

recouvrer la possession; auxquelles il s'en ajoutait jadis une quatrième : interdits doubles, c'est-à-dire tant pour acquérir que pour recouvrer la possession.

Les droits de propriété donnent lieu aux actions réelles (*actiones in rem*), dont il existait plusieurs espèces, et parmi lesquelles on doit remarquer la vendication proprement dite (*rei vindicatio*). Le demandeur, dans ces actions, soutient qu'une chose, corporelle ou incorporelle, est à lui.

Moyens d'acquérir la propriété d'objets particuliers.

Les Instituts distinguent les moyens d'acquérir par universalité (*per universitatem*), et ceux d'acquérir des objets particuliers (*singulas res*).

Dans l'acquisition par universalité, ce n'est pas uniquement un droit de propriété qui est acquis, mais une masse universelle de droits et de charges de toute nature : propriétés, droits réels de tous genres, créances, obligations. En un mot, il y a succession, c'est-à-dire remplacement d'une personne par une autre, dans un ensemble de droits. — Cette matière est traitée plus loin.

Il ne s'agit ici que des moyens d'acquérir la propriété d'objets particuliers.

Ces moyens se distinguent en moyens du droit des gens et moyens du droit civil. — Au premier rang, à l'époque de Justinien, on place sans hésiter les moyens d'acquérir naturels, ou du droit des gens.

Moyens d'acquérir du droit des gens. — Occupation.

En tête de ces moyens les Instituts traitent de l'*occupation*.

On devient propriétaire par *occupation* lorsqu'on acquiert le premier la possession d'une chose *nullius*.

Il faut donc : — 1° Que la chose, susceptible de tomber dans le patrimoine de l'homme, ne soit à personne; comme les animaux sauvages, leurs produits, les produits de la mer ou de ses rivages, les îles nées dans la mer, les ennemis et les choses des ennemis, les objets que le propriétaire a rejetés parce qu'il n'en voulait plus, etc.; — Il faut 2° qu'on ait acquis la possession légale de cette chose : ce qui exige, comme nous le savons, le fait que cette chose soit par un moyen quelconque en notre pouvoir, et l'intention de l'avoir à nous.

Du reste, qu'on ait pris la chose sur son terrain ou sur celui d'autrui, peu importe.

La propriété produite par l'occupation d'une chose *nullius* cesse dès que cette chose vient à rentrer dans son état naturel.

Accessions (accessiones). — *Confusion de choses appartenant à divers propriétaires. — Confection d'objets nouveaux. — Fruits.*

Le fait qui se produit lorsqu'une chose vient se réunir, s'incorporer comme dépendance, comme partie subordonnée à une autre chose principale, ou absorbée par elle, emporte des conséquences de droit qu'il importe d'examiner, et qui présentent quelquefois une véritable acquisition, le plus souvent des effets du droit de propriété, la consommation de la chose d'autrui et des règlements d'indemnité pour celui qui se trouve ainsi privé de sa chose : — Les commentateurs ont désigné ce genre d'événement sous le nom générique d'*accession*, et ils en ont fait un mode

spécial et particulier d'acquisition du droit des gens. Ce mot n'a pas reçu en droit romain un tel sens; il désigne la chose réunie comme accessoire, et non le fait de la réunion. Les Instituts exposent successivement plusieurs exemples qui se rapportent à ce genre d'événements, mais sans les comprendre sous une dénomination générale.

L'accession peut être considérée, sous un premier point de vue, comme un vrai moyen naturel d'acquérir : c'est lorsqu'il s'agit des choses qui n'appartiennent à personne, ou sur lesquelles personne ne peut faire reconnaître de droit de propriété. — Telles, par exemple, que les pigeons, les abeilles et autres animaux semblables, qui viennent se réunir à un colombier, à une ruche. Tels les alluvions, les détritus divers, charriés par le courant et jetés ou déposés peu à peu sur une terre, de manière à ne pouvoir plus être reconnus par personne et à faire corps avec cette terre. Les Romains, selon nous, rangeaient dans le même cas les îles nées dans les fleuves, et le lit que ces fleuves abandonnent; cas avec lesquels il ne faut pas confondre celui d'inondation, ou de terrains reconnaissables emportés et déplacés violemment par la force des eaux ou de tout autre choc. — Sous ce point de vue, l'accession est un moyen d'acquérir qui opère sur les choses *nullius*, à peu près comme l'occupation.

L'accession est encore, chez les Romains, un moyen d'acquérir même la chose d'autrui, quoique cette chose conserve son existence et soit parfaitement reconnaissable par le propriétaire, dans quelques cas exceptionnels et rares, notamment dans celui de la *ferruminatio*.

Dans la plupart des autres, elle n'est véritablement que l'absorption, la consommation, la destruction, soit irrémédiable, soit remédiable, de la chose d'autrui; événement qui ne laisse au propriétaire dont la chose a été détruite qu'un droit d'indemnité.

Quant à ce qui concerne les fruits, il n'y a que les effets légaux de la propriété ou de la possession.

Parmi les divers exemples cités dans les Instituts, on doit remarquer :

Ce qui distingue le cas où quelqu'un, avec la matière d'autrui, a formé une nouvelle espèce, et celui où il y a eu confusion de choses liquides. Dans le premier cas, le caractère essentiel consiste en ce que la matière employée se trouve transformée en un objet nouveau, et cela par l'industrie de l'ouvrier : la cause d'acquisition de la propriété du nouvel objet est ici la *création*. Dans le second, la confusion n'a produit aucun nouvel objet, ou l'a produit par hasard; le droit résultant de la création ne se trouve donc ni pour l'une ni pour l'autre des parties; il y a copropriété.

Ce qui est relatif aux constructions faites par quelqu'un sur son terrain avec les matériaux d'autrui, ou sur le terrain d'autrui avec ses matériaux; et la défense, venant des Douze Tables, de faire abattre les constructions, soit par la vendication, soit par l'action *ad exhibendum*, de peur que la ville ne soit défigurée par des ruines (*ne ruinis urbs deformetur*);

Enfin la différence entre l'écriture, considérée comme accession du papier, du parchemin, et la peinture comme chose principale par rapport à la toile.

Bien qu'en règle générale les fruits d'un fonds appartiennent au propriétaire comme produit de sa chose, cependant le possesseur de bonne foi a, quant à ces fruits, deux avantages bien distincts : le premier, d'être considéré comme propriétaire pour tous les fruits quelconques, dès qu'ils ne tiennent plus au sol; le second, de ne devoir au maître du fonds aucun compte pour les fruits consommés.

Invention de trésors.

Le trésor est défini au Digeste : *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Il est attribué moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire du terrain.

Tradition (traditio).

En règle générale, chez les Romains, les conventions ont pour objet d'obliger les parties contractantes à exécuter leurs promesses, mais non de transférer la propriété. Pour que cet effet de translation soit produit, en exécution de la convention, il faut réunir en faveur de l'acquéreur *la possession légale et la volonté du propriétaire capable d'aliéner.* D'où il suit que, si l'acquéreur n'a pas la possession, il faut la lui remettre.

On nomme *tradition* la remise de la possession. — On peut remettre ou simplement la possession physique, il y a alors tradition corporelle (*nuda traditio*); ou la possession proprement dite, il y a alors tradition proprement dite.

Le fait seul de la tradition corporelle ne transfère pas la propriété, s'il n'a été amené par une juste cause. On entend par juste cause un contrat ou un fait quelconque entraînant comme conséquence la volonté de transférer la propriété, par exemple, une vente, un échange, une donation. — Du reste, ce fait peut n'être que le résultat d'un dol; il peut y avoir malentendu entre les parties, l'une donnant pour une cause, l'autre recevant pour une autre : il suffit, suivant l'opinion la plus générale, qu'il ait entraîné la volonté de transférer la propriété.

Les règles sur ce mode d'acquérir sont : — Que la chose ait été mise d'une manière quelconque à la disposition de l'acquéreur; — qu'elle ait été remise et reçue avec l'intention de transférer la propriété; alors il y a tradition de la possession légale; — mais, pour que la propriété soit transférée à l'instant, il faut de plus que cette tradition soit faite par le propriétaire ayant la capacité d'aliéner.

Quelquefois la volonté seule des parties transfère la propriété : 1° lorsque la chose était physiquement au pouvoir de l'acquéreur; — 2° lorsque les parties conviennent que le propriétaire qui aliène retiendra la chose en prêt, en usufruit, en dépôt, etc.; — 3° lorsque l'acquéreur avait déjà la possession légale. Mais, dans ces cas, c'est parce que la possession légale existait déjà, ou que la seule volonté a suffi pour la donner.

Du reste, il existe des moyens civils d'acquérir sans qu'il y ait possession, et réciproquement, sans qu'il y ait volonté du propriétaire. On les verra plus tard.

Il ne faut pas distinguer plusieurs espèces de tradition, bien que la tradition puisse être faite de plusieurs manières.

Pour les choses incorporelles, comme il ne peut exister qu'une *quasi-possession,* il ne peut y avoir qu'une *quasi-tradition.*

Moyens d'acquérir des objets particuliers, d'après le droit civil. — Usucapion (usucapio) *et prescription* (præscriptio).

Le texte s'occupe en premier lieu de l'*usucapion* et de la *prescription.*

Elles différaient jadis en ce que l'usucapion était de droit civil et applicable aux meubles dans tous pays, aux immeubles de l'Italie seulement; la prescription de droit prétorien, et applicable aux immeubles des provinces.

La première avait lieu par un an pour les meubles, par deux ans pour les immeubles; la seconde par dix ans entre présents, et vingt ans entre absents.

L'usucapion était un moyen d'acquérir; la prescription un moyen de se libérer, une espèce d'exception pour repousser l'action du propriétaire.

L'une donnait le domaine de la chose avec les charges de gage ou d'hypothèque dont elle était grevée; l'autre servait à repousser non-seulement le propriétaire, mais encore les créanciers qui n'avaient pas exercé leurs droits.

L'usucapion n'était pas interrompue par l'action et continuait pendant le procès; la prescription était interrompue par ce qu'on nommait la *litis contestatio*.

Justinien les confond et les modifie l'une par l'autre; il veut qu'en tous pays les meubles soient acquis par trois ans d'usage, les immeubles par dix ans entre présents, et vingt ans entre absents. *Usage*, dans cette matière, est pris pour *possession*.

Ne sont pas susceptibles d'être acquis par l'usage : les hommes libres; — les choses hors du commerce, sacrées ou religieuses; — les esclaves fugitifs; les choses volées, en vertu de la loi des Douze Tables et de la loi *Atinia;* les immeubles envahis par violence, en vertu de la loi *Julia* et *Plautia :* jusqu'à ce que le vice résultant de la fuite, du vol ou de la violence soit purgé par la rentrée des objets dans les mains du propriétaire; — les choses du fisc, excepté les biens vacants qui ne lui sont pas encore dénoncés; — les immeubles des églises; les biens des mineurs de vingt-cinq ans; — et quelques autres encore.

Les conditions nécessaires pour l'acquisition par l'usage sont :

1° La *possession* civile;

2° Une *juste cause* de cette possession (*justa causa, justus titulus*); — on nomme ainsi un contrat ou un fait quelconque conforme au droit, par suite duquel la possession a été reçue ou prise dans le but d'acquérir la propriété; il y a juste cause de possession quand on possède, par exemple, *pro emptore, pro donato, pro dote, pro soluto, pro derelicto, pro legato, pro suo;* — malgré cette juste cause, la propriété peut n'avoir pas été acquise sur-le-champ par quelque obstacle provenant soit de celui qui a reçu, soit de la chose;

3° La *bonne foi*, qui a lieu lorsque le possesseur ignore complétement le vice de son acquisition; — elle doit provenir d'une erreur de fait, et non de droit; — il faut de plus que l'erreur ne soit pas grossière; — la bonne foi n'est, du reste, exigée qu'au commencement de la possession; pour la vente cependant il faut qu'elle ait existé au moment du contrat et à celui de la tradition; — c'est une question controversée que de savoir si, lorsqu'il y a bonne foi, sans que la possession soit réellement fondée sur une juste cause, l'usucapion peut avoir lieu : le texte la décide négativement; cependant on trouve au Digeste des exceptions à cette décision;

4° La quatrième condition est le *temps voulu;* — ce temps se compte par jours et non par heures.

Quelquefois le temps d'un premier possesseur se réunit à celui de son successeur; — ceci a lieu tant pour les successeurs qui continuent la personne du défunt à qui ils ont succédé *pro herede, pro possessore;* que pour les successeurs qui ne continuent pas cette personne, par exemple

ceux qui ont reçu à titre de vente, de donation, de legs, etc.; — avec cette différence entre eux, que l'héritier, le possesseur de biens n'acquièrent que lorsque le défunt acquérait, quelle que soit, du reste, leur bonne ou mauvaise foi personnelle; tandis que les successeurs particuliers acquièrent ou n'acquièrent pas selon qu'ils sont eux-mêmes de bonne ou de mauvaise foi, et quelle que fût, du reste, l'opinion de leur auteur; — de sorte que, dans ce dernier cas, les temps ne se joignent que lorsque l'auteur et le successeur ont tous deux possédé utilement.

La prescription, comme l'usucapion, soit pour les meubles, soit pour les immeubles, produit, sous Justinien, la propriété; — quant aux droits de servitude ou de gage, ils sont éteints si la chose a été possédée comme libre.

L'interruption de l'acquisition par l'usage se nomme chez les Romains *usurpatio*. — Elle a lieu naturellement lorsque, par vol, par violence, par l'envahissement des eaux, par sa captivité, enfin par un événement quelconque, celui qui possédait perd la possession : ou bien encore quand le véritable propriétaire vient à obtenir la chose, même à titre de gage ou de bail. — L'interruption civile a lieu, sous Justinien, par l'action du véritable propriétaire.

Il existe encore quelques autres prescriptions : telle est celle qu'on nomme *longissimi temporis*, qui a lieu quelquefois par trente, quelquefois par quarante ans; ce n'était autrefois qu'un moyen de se libérer, mais elle est devenue sous Justinien, dans bien des cas, un moyen d'acquérir. Telle était encore la prescription particulière introduite pour les aliénations du fisc, dont parle le texte.

Le possesseur a, pour garantie de ses droits, avant que l'usucapion ou la prescription soient achevées, les interdits possessoires pour conserver la possession dont il jouit; — et même, si par quelque événement il vient à la perdre, l'action publicienne (*publiciana in rem actio*), pour vendiquer la chose comme s'il l'avait déjà prescrite; — après que l'usucapion ou la prescription sont achevées, il a toutes les actions ou exceptions qui résultent de la propriété.

Legs (legatum).

Le legs est encore un moyen civil d'acquérir la propriété, sans la nécessité d'aucune tradition, par le seul effet du droit. — Mais comme cette matière se lie intimement à celle des testaments, elle se trouve, dans les Instituts, renvoyée plus loin, et traitée seulement comme appendice des hérédités testamentaires. — Le fidéicommis, sous Justinien, étant, dans ses effets, assimilé aux legs, doit à cette époque être compté de même au nombre des moyens civils d'acquérir.

Donation à cause de mort (mortis causa donatio). — *Et, par occasion, donation entre-vifs* (donatio), *dot* (dos), *donation à cause de noces* (propter nuptias).

On peut considérer la donation à cause de mort comme étant, dans certains cas, ainsi que le legs, à l'époque de Justinien, un moyen civil de transporter, sans tradition et par le seul effet du droit, la propriété d'une personne à une autre. — Les autres donations ne sont pas des moyens, elles sont seulement des causes légitimes d'acquisition; c'est-à-dire que par elles-mêmes elles ne transfèrent pas la propriété, mais elles servent

de cause à la translation qui doit en être opérée. — Les Instituts n'en traitent donc ici que par occasion, et sans que ce soit bien exactement leur place.

Le mot *donatio*, dans son acception étymologique, signifie rigoureusement une translation de propriété (*datio*) faite par libéralité (*dono*). — Il exprimait, dans son origine, le fait de cette translation, et non un moyen de l'opérer ou de s'y obliger.

On nomme donation à cause de mort celle qui est subordonnée à la condition du décès.

Le décès dont il s'agit peut être ou général, de quelque manière et à quelque époque qu'il arrive; ou spécialement prévu, dans telle ou telle circonstance. — Ce peut être même le décès d'une tierce personne.

La donation peut y être subordonnée de deux manières différentes : — ou bien de telle sorte qu'elle n'existera que si la mort a lieu, et seulement à l'époque de la mort : la donation est alors conditionnelle (*donatio sub conditione*); — ou bien de telle sorte qu'elle existe à l'instant, mais qu'elle doive être résolue si le prédécès indiqué n'a pas lieu : la donation est immédiate, mais résolue sous condition (*donatio quæ sub conditione solvitur*).

Ses effets varient selon qu'il s'agit du premier ou du second de ces cas. — La donation à cause de mort peut être, tout au plus sous Justinien, un moyen d'acquérir dans le premier cas. Avant Justinien, même dans ce premier cas, la propriété ne se trouvait transférée à l'époque du décès qu'en vertu de la tradition conditionnelle ou de la mancipation qui avaient été faites auparavant.

La donation à cause de mort doit être faite, d'après la législation de Justinien, devant cinq témoins, avec le consentement du donateur et du donataire.

Elle est révocable.

Elle a de grandes analogies, mais elle a aussi des différences avec les legs.

Elle ne doit pas être confondue avec ce qu'on nommait acquisition à cause de mort (*mortis causa capio*).

La donation entre-vifs, dans le droit primitif, n'était pas un contrat ni une convention obligatoire. — Le mot de donation ne désignait même pas la convention de donner, mais l'acte même de donner; lequel n'était accompli que par un des moyens ordinaires de transférer la propriété, ou de s'obliger. — Jusque-là, et par l'effet de la seule convention il n'y avait ni acquisition, ni même obligation.

La convention de donner, par l'effet des constitutions impériales, a successivement changé de caractère. — Justinien veut que ce genre de convention soit obligatoire comme la vente; mais la propriété n'est transférée que par la tradition. La donation entre-vifs, ainsi entendue, n'est donc pas un moyen d'acquérir.

Elle doit être insinuée, sauf quelques exceptions.

Elle est irrévocable, si ce n'est pour cause d'ingratitude; et pour survenance d'enfants, mais dans un cas particulier seulement.

Elle diffère sur plusieurs points importants de la donation à cause de mort.

Les donations étaient prohibées entre époux durant le mariage. — Cependant, depuis un sénatus-consulte rendu sous Caracalla, elles ne sont pas nulles radicalement, mais seulement révocables par la volonté

du donateur, et elles se trouvent confirmées si le donateur meurt sans avoir fait de révocation.

Il existe une corrélation entre la donation à cause de noces, de la part du mari, et la dot, de la part de la femme.

La dot est définie : tout ce qui est apporté de la part de la femme au mari, pour soutenir les charges du mariage.

Primitivement, ce genre de convention n'était pas au nombre des contrats : on l'effectuait par la translation immédiate de la propriété; à défaut, on ne pouvait la rendre obligatoire que par la stipulation ou par la diction de dot. Des constitutions impériales l'ont déclarée obligatoire par elle-même.

On permit de très-bonne heure de constituer la dot, non-seulement avant, mais même pendant le mariage.

Le mari était propriétaire des biens dotaux durant le mariage, mais à charge de les restituer à sa dissolution, en même quantité et qualité pour les choses fongibles ou mises à prix par le contrat, et identiquement pour les autres choses.

Les immeubles dotaux n'étaient pas inaliénables dans le principe : le mari pouvait les engager ou les aliéner avec le consentement de la femme. — La loi *Julia* commença par en prohiber l'hypothèque, et Justinien l'aliénation : c'est de là que date leur *inaliénabilité*.

La donation *ante nuptias* n'a été introduite en usage que postérieurement à la dot. — Elle ne pouvait se faire qu'avant les noces, les libéralités étant prohibées entre époux.

Elle était faite de la part du mari à la femme, par analogie, et, en quelque sorte, par compensation de la dot. — Cette espèce de compensation consistait en ce que la donation anténuptiale était destinée, comme la dot, à soutenir les charges du mariage; les biens qui la composaient étaient, comme le fonds dotal, hors des poursuites des créanciers; elle était restituée à la fin du mariage, de même que la dot.

Le mari, dans certains cas, encourait la perte de sa donation, de même que la femme, dans des cas semblables, la perte de sa dot.

L'avantage que l'un des époux avait fait à l'autre, en cas de survie, sur la dot ou sur la donation, était réciproque; — d'après une constitution de Léon et Anthémius, il devait y avoir dans ces avantages égalité proportionnelle; — d'après Justinien, égalité numérique.

Justin a permis d'augmenter, et Justinien même de constituer cette donation durant le mariage. — Dès lors, au lieu de se nommer *ante nuptias*, elle se nomme *propter nuptias*.

Dans la donation à cause de mort subordonnée conditionnellement au décès, le donataire, dès que cette condition s'est accomplie, a l'action réelle (*rei vindicatio*) pour réclamer la chose donnée, à l'époque de Justinien, si on admet que la propriété lui en est transférée par le seul effet du droit; avant Justinien, c'est en vertu de la tradition conditionnelle ou de la mancipation qui lui avaient été faites. Si la condition vient à défaillir, ou si le donateur, avant son décès, veut révoquer sa libéralité, étant resté toujours propriétaire, il peut exercer la *rei vindicatio* contre le donataire, lorsque celui-ci se trouve en possession.

Dans la donation à cause de mort immédiate, mais résoluble si le prédécès n'a pas lieu, le donateur, s'il veut révoquer et reprendre sa libéralité avant l'événement, a régulièrement, selon les principes du droit strict, la *condictio* pour s'en faire rendre la propriété par le dona-

taire, — la jurisprudence lui a en outre, et par extension, accordé une *vindicatio* utile pour réclamer la chose comme s'il ne l'avait pas aliénée. — De même si c'est l'événement prévu, c'est-à-dire le cas de sa survie, qui a résolu la donation en s'accomplissant, le donateur a, pour se faire rendre la chose, la *condictio quasi re non secuta*, et même, par une extension utile, la *rei vindicatio*.

Les donations entre-vifs qui n'ont pas été effectuées par la tradition donnent au donataire, pour se faire délivrer les objets donnés, la *condictio certi* ou l'action *ex stipulatu*, s'il y a eu stipulation; — et la *condictio ex lege*, s'il n'y a eu qu'une simple convention.

Droit d'accroissement (jus adcrescendi) *supprimé sous Justinien.*

Lorsqu'un esclave appartenait en commun à plusieurs maîtres, l'affranchissement fait par un ou quelques-uns de ces maîtres, de telle manière qu'il eût dû rendre l'affranchi citoyen romain s'il eût été fait par tous, profitait à ceux qui n'avaient pas affranchi, et constituait pour eux un mode particulier d'acquérir, sous le nom de droit d'accroissement (*jus adcrescendi*).

Justinien abroge cette législation; — l'esclave sera affranchi, et les maîtres qui n'y ont pas consenti, indemnisés.

Perte de la possession ou de la propriété.

La possession légale se perd par le fait ou par l'intention. — Par le fait, lorsque la chose cesse d'être à notre disposition; — par l'intention, lorsqu'il est établi que nous ne voulons plus posséder. — Mais l'absence seule ne fait pas perdre la possession, parce qu'elle n'empêche pas que la chose ne soit à notre libre disposition.

La propriété se perd principalement : lorsque celui qui l'avait devient incapable d'être propriétaire; — lorsque la chose périt, ou sort du patrimoine des hommes; — lorsque la propriété est transférée à autrui; — lorsque le maître rejette la chose parce qu'il n'en veut plus.

Servitudes en général (servitutes); — *servitudes réelles ou prédiales* (rerum *ou* prædiorum).

Les servitudes considérées au point de vue de celui qui en jouit sont des démembrements, des fractions plus ou moins importantes du droit de propriété; au point de vue de celui qui les souffre, ce sont des modifications, des altérations de la propriété.

On les nomme droits (*jura*), parce qu'elles consistent en certains droits sur la chose d'autrui; — servitudes (*servitutes*), parce qu'elles sont comme un asservissement de la chose qui y est soumise.

Elles se divisent en réelles ou prédiales (*rerum, prædiorum*), et personnelles (*personarum* ou *personales*), selon qu'elles sont créées pour augmenter l'utilité d'une chose, ou pour l'avantage individuel d'une personne.

Plusieurs principes leur sont communs : — 1° toutes sont des droits réels sur la chose d'autrui; — 2° nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose (*nemini res sua servit*); — 3° elles consistent, soit à souffrir, soit à ne pas faire, jamais à faire; — 4° on ne peut établir de servitude sur une servitude (*servitus servitutis esse non potest*); — 5° elles ne

peuvent être possédées ; mais pour celles qui consistent à souffrir on a admis une quasi-possession.

Les servitudes prédiales n'ont pour objet que des immeubles.

Elles peuvent consister soit à souffrir, soit à ne pas faire.

Elles sont considérées comme indivisibles.

Elles se distinguent en servitudes d'héritages ruraux, servitudes d'héritages urbains (*rusticorum vel urbanorum prædiorum*).

Par héritage rural, lorsqu'il s'agit d'apprécier la nature des servitudes, il faut entendre *le sol;* par héritage urbain, *la superficie,* ce qui est élevé au-dessus du sol, en quelque lieu que ce soit, à la ville ou à la campagne. — Les servitudes, du reste, ne tirent leur qualité ni de l'héritage dominant ni de l'héritage servant, mais de leur propre nature : — celles qui existent par le sol (*quæ in solo consistunt*) sont servitudes d'héritages ruraux ; — celles qui consistent en superficie, c'est-à-dire dont l'existence emporte nécessairement l'idée de superficie, de construction au-dessus du sol (*quæ in superficie consistunt*), servitudes d'héritages urbains.

Ces dernières ont un caractère de continuité que n'ont pas en général les servitudes rurales ; — ce qui amène des différences importantes dans la quasi-possession de ces servitudes et dans la manière de les perdre par le non-usage.

De plus, les servitudes rurales étaient jadis *res mancipi,* les autres *nec mancipi.* Cette distinction est supprimée sous Justinien.

Il faut remarquer parmi les servitudes d'héritages ruraux : — *iter,* dont le but essentiel est de passer (*eundi gratia*) ; — *actus,* dont le but essentiel est de conduire, et qui comprend aussi le droit de passer (*eundi vel agendi gratia*) ; — *via,* dont le but essentiel est de passer, de conduire, et de se servir du chemin pour tous ses usages. — Des différences de largeur dans le chemin distinguent encore ces droits l'un de l'autre.

Dans les servitudes d'héritages urbains, il faut bien remarquer la différence qui existe entre : les servitudes *oneris ferendi,* et *tigni immittendi; stillicidii recipiendi,* et *non recipiendi; altius non tollendi,* et *altius tollendi; luminum,* et *ne luminibus officiatur.*

Pour qu'une servitude d'héritage puisse exister, il faut nécessairement deux fonds d'un voisinage suffisant pour l'exercice du droit ; — il faut que la servitude soit de quelque utilité ou de quelque agrément ; dès qu'elle devient inutile, elle s'évanouit ; — enfin il faut en général qu'elle ait une cause perpétuelle.

Sous la législation de Justinien, les servitudes s'établissent soit comme droits réels, soit du moins en obligation :

1° Par des conventions, — ce qui doit s'entendre ou des pactes et des stipulations, — ou des pactes insérés dans une vente, dans une tradition, — ou de la vente même du droit de servitude ;

2° Par testament, soit en léguant directement la servitude, soit en condamnant les héritiers à la supporter ;

3° Par l'usage : nulle servitude, au moins depuis la loi *Scribonia,* ne peut être acquise par *usucapion;* mais les préteurs, les constitutions impériales accordent des actions utiles, des interdits utiles, pour faire maintenir dans leurs droits ceux qui jouissent depuis longtemps de certaines servitudes, parmi lesquelles sont principalement les servitudes urbaines et les droits de cours d'eau ; — il ne faut pour cette acquisition par l'usage aucun titre, mais une jouissance qui ne soit ni violente, ni clandestine, ni précaire ; — le temps n'est pas fixé, il doit être long,

quelquefois même immémorial, selon les circonstances et la nature des servitudes; — c'est une question de savoir si Justinien l'a arrêté à dix ans entre présents et vingt ans entre absents;

4° Par adjudication, dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*.

Parmi ces divers moyens, sous Justinien, les pactes insérés dans la tradition, le testament, le long usage et l'adjudication établissent les servitudes comme droits réels; — pour les autres pactes et stipulations, la question est controversée; mais nous pensons qu'ils ne donnent naissance qu'à une obligation.

Les servitudes s'éteignent :

1° Par la perte de l'un des héritages;

2° Par la confusion;

3° Par la remise, qui a lieu lorsque le maître du fonds dominant a volontairement laissé faire quelque acte qui empêche la servitude;

4° Par le non-usage, — dont le temps est fixé par Justinien à dix ans entre présents et vingt ans entre absents : — une différence existe encore sur ce point entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines; il faut, pour celles-ci, que le maître du fonds servant ait acquis sa libération (*libertatem usucapere*) par un acte contraire à la servitude. Nous n'admettons pas l'opinion de ceux qui pensent que Justinien a exigé cette condition même pour les servitudes rurales.

Enfin il est encore quelques autres modes d'extinction moins importants.

Servitudes personnelles (personarum). — *Usufruit; usage; habitation; droit aux travaux d'un esclave.*

Les servitudes personnelles peuvent avoir pour objet des meubles aussi bien que des immeubles;

Elles ne consistent jamais qu'à souffrir;

Elles ne sont pas toutes indivisibles : l'usufruit est considéré comme susceptible de division, l'usage comme indivisible.

L'usufruit est défini : *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

Le *jus utendi* n'est pas le droit de prendre les fruits circonscrits par la nécessité, mais un droit distinct, qui consiste à retirer de la chose toute l'utilité qu'elle peut rendre sans en prendre aucun produit ni en altérer la substance;

Le *jus fruendi* donne le droit de percevoir tous les produits qui sont rangés dans la classe des fruits, soit naturels, soit civils, car l'usufruitier peut louer, vendre ou céder gratuitement l'exercice de son droit. — Il ne devient propriétaire des fruits que lorsqu'il les perçoit ou quelqu'un en son nom; pour les fruits civils, il les acquiert jour par jour, à moins qu'ils ne soient la représentation des fruits naturels; ils ne lui sont acquis dans ce dernier cas que si la récolte est faite.

L'usufruitier doit jouir en bon père de famille, sans altérer la substance (*salva substantia*); par ce mot de substance il faut entendre ici ce qui est le principal, le caractère essentiel dans la manière d'être de la chose. — Il doit donner satisdation pour sûreté de ses obligations.

L'usufruit est établi :

1° Par des pactes et des stipulations; — il faut recourir sur ce point à ce qui a été dit pour les servitudes prédiales;

2° Par legs ; — il faut remarquer que, dans cette espèce de legs, on ne distingue pas le moment où le droit éventuel est fixé (*dies cedit*) de celui où il est échu (*dies venit*) : si le légataire meurt avant l'échéance, il n'a jamais eu de droit ;

3° Par adjudication ;

4° Dans certains cas par la loi.

Quant à l'usage ou possession, il n'a jamais pu, dans l'ancien droit, faire acquérir un usufruit ; — c'est une question controversée que de savoir si Justinien ne l'a pas admis comme produisant cet effet au bout de dix ans entre présents et vingt ans entre absents.

L'usufruit s'éteint :

1° Par la mort de l'usufruitier ;

2° Par ses diminutions de tête : — jadis les trois, sous Justinien la grande et la moyenne seulement ;

3° Par le non-usage : — d'après Justinien pendant trois ans pour les meubles, et pour les immeubles pendant dix ans ou vingt ans ; — nous n'admettons pas l'avis de ceux qui pensent que Justinien a changé non-seulement le *temps*, mais encore le *mode* de l'extinction par le non-usage. — Il est à remarquer que l'usufruit *in singulos annos, vel menses, vel dies*, ne peut s'éteindre par ce moyen ;

4° Par la cession au nu propriétaire ;

5° Par la consolidation ;

6° Par le changement dans la substance des choses, et par quelques autres moyens encore.

L'usufruit éteint se réunit à la nue propriété ; mais seulement lorsque cette extinction est totale.

Un sénatus-consulte postérieur à Cicéron a permis de léguer une sorte d'usufruit sur les choses de consommation.

Celui à qui ce droit est accordé reçoit les choses en toute propriété, mais il donne satisdation de les restituer en mêmes quantité et qualité à la fin de l'usufruit ; et plus souvent encore d'en restituer l'estimation.

La mort ou les diminutions de tête, le terme ou la condition, sont à peu près les seuls moyens qui éteignent cette espèce d'usufruit, nommé par les commentateurs, d'après quelques expressions des textes, *quasi-usufruit.*

L'usage est le droit de retirer l'utilité et les services de la chose d'autrui sans en percevoir aucun produit et sans en altérer la substance.

Selon le droit strict, l'usager a tout l'usage, sauf celui qui est indispensable à la culture et aux récoltes ; — mais il ne peut prendre aucun produit, ni louer, ni vendre, ni céder gratuitement l'exercice de son droit. — Des interprétations favorables ont, dans certains cas, selon la nature des choses ou selon l'intention des parties, modifié ces restrictions. — Il faut appliquer successivement ces principes à l'usage d'un fonds, d'une maison, d'un troupeau de menu bétail, etc.

L'usage se constitue et s'éteint comme l'usufruit.

Le domaine peut être tellement démembré que l'usage soit à l'un, les fruits à un autre, et la nue propriété à un troisième.

L'habitation est rangée par Justinien au nombre des servitudes personnelles ; — elle n'était pas, dans le principe, considérée comme telle ; — elle diffère par sa nature de ces servitudes, en ce qu'elle n'est pas un droit unique, un démembrement du domaine, mais seulement un avantage quotidien ouvert et acquis jour par jour au légataire, avantage qui,

par conséquent, ne périt ni par le non-usage ni par la petite diminution de tête; — sous Justinien, elle se rapproche, par ses effets seulement, de l'usufruit.

Il en est de même du droit aux travaux d'un esclave (*jus operarum servi*), qui, outre ce que nous venons de dire de l'habitation, diffère encore plus des servitudes personnelles, en ce qu'il est transmissible aux héritiers et continue tant que vit l'esclave.

Actions relatives aux servitudes.

La quasi-possession des servitudes est protégée par les interdits *uti possidetis, utrubi,* et *unde vi,* non pas directs, mais utiles. — Il existe aussi, à l'égard de certaines servitudes rurales, quelques interdits spéciaux pour en protéger la quasi-possession lorsqu'elle n'est ni violente, ni clandestine, ni précaire, et qu'elle dure depuis un an.

Pour la vendication des servitudes personnelles ou prédiales, il existe deux actions réelles : l'action confessoire et l'action négatoire : — la première pour revendiquer une servitude dans l'exercice de laquelle on est troublé ou exposé à l'être, et pour soutenir que l'on a cette servitude; la seconde pour vendiquer une servitude que quelqu'un prend ou veut prendre sur notre chose, et pour soutenir que ce fragment du domaine nous appartient, n'est pas détaché de notre domaine.

Ces actions réelles ont cela de particulier qu'on peut les intenter même lorsqu'on est possesseur : c'est-à-dire même lorqu'on a l'exercice du droit, et qu'on n'est pas troublé matériellement dans cet exercice.

Enfin, dans certains cas, des actions personnelles peuvent avoir lieu relativement à des servitudes.

Emphytéose (emphyteusis).

Comme droit réel, l'emphytéose est un fractionnement particulier et étendu de la propriété, qui donne à celui à qui il est attribué le droit de retirer toute l'utilité, tous les produits de la chose d'autrui, d'y faire toutes les modifications qu'il lui plaît, pourvu qu'il ne la détériore pas, et même d'en disposer en transférant son droit à un autre. — La durée de ce droit est indéfinie; il passe héréditairement aux successeurs testamentaires ou *ab intestat.*

Ce droit ne se présente jamais, chez les Romains, qu'avec l'obligation principale, imposée à l'emphytéote, de payer au propriétaire une redevance périodique (*pensio, canon*).

La convention relative à son établissement forme un contrat particulier, obligatoire par le seul consentement des parties. — Mais le droit réel n'est constitué que par la quasi-tradition.

L'emphytéote a, pour la protection de son droit réel, les mêmes actions qu'un véritable propriétaire, mais seulement comme actions utiles.

Superficie (superficies).

Le droit de superficie (*jus superficiarium*) est un droit réel d'établissement prétorien. — C'est un droit analogue dans ses effets à celui d'emphytéose, mais concédé uniquement, par le propriétaire d'un terrain, sur toute construction élevée sur ce terrain.

Cette concession peut être faite gratuitement ou à titre onéreux, à

charge de payer soit un prix une fois soldé, soit une redevance périodique (*solarium, pensio*).

La convention n'en peut avoir lieu d'une manière obligatoire que dans la forme et d'après les règles des contrats ordinaires. — Mais le droit réel n'est constitué que par la quasi-tradition.

Le superficiaire a, comme l'emphytéote, mais seulement quant à la superficie, et à titre d'actions utiles, les mêmes actions qu'un propriétaire.

Gage ou hypothèque (pignus *ou* hypotheca)

Les expressions de gage ou hypothèque, quant au droit réel qu'elles désignent, sont entièrement synonymes, et il n'existe, sous ce rapport, aucune différence de l'une à l'autre.

Ce droit réel est un droit de garantie sur une chose affectée au payement d'une dette. — Il donne au créancier gagiste ou hypothécaire la faculté : 1° de faire vendre la chose pour être payé sur le prix; 2° d'être payé sur ce prix de préférence aux autres créanciers; 3° d'avoir un droit de suite contre les tiers détenteurs pour garantie et exercice des deux droits qui précèdent.

Ce droit réel est d'invention prétorienne. — Il a cela de tout particulier et exceptionnel, que la seule convention suffit pour l'établir.

L'action donnée au créancier pour l'exercice de ce droit est une action prétorienne particulière, nommée généralement action *quasi-serviana.*

Personnes capables ou incapables d'aliéner.

En règle générale, pour aliéner il faut être propriétaire : et réciproquement, lorsqu'on est propriétaire, on peut aliéner.

Ces deux règles souffrent chacune des exceptions.

Ainsi, le mari, d'après les dispositions de la loi JULIA, étendues par Justinien, ne peut aliéner ni hypothéquer l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme; — mais la nullité ne peut être invoquée que par la femme ou par ses représentants.

Réciproquement, le créancier peut vendre le gage, bien qu'il n'en soit pas propriétaire : il est vrai que c'est par suite de la convention faite avec le débiteur.

Un impubère ne peut aliéner. — S'il donne quelque chose en *mutuum,* le contrat de prêt n'est point formé; en conséquence, il a la *vendication* pour vendiquer la chose, si elle existe encore; la *condictio certi,* si elle a été consommée de bonne foi; et l'action *ad exhibendum,* si c'est de mauvaise foi. — Si l'impubère reçoit un payement de son débiteur, la chose lui est acquise, et néanmoins le débiteur n'est pas libéré; mais il a contre le pupille l'exception de *dol,* jusqu'à concurrence de tout ce dont celui-ci a profité. Pour que le payement donne au débiteur qui le fait *pleine sécurité,* il faut qu'il soit fait non-seulement au tuteur, mais, en outre, avec la permission du juge. — Quant à la chose donnée en payement par l'impubère, sans autorisation, il faut y appliquer ce qui a été dit de la chose donnée en *mutuum.*

Par quelles personnes on acquiert.

On acquiert non-seulement par soi-même, mais par d'autres personnes. — Il faut distinguer, à cet égard, entre l'acquisition de la propriété et celle de la possession.

On acquiert la propriété : par les fils de famille qu'on a en sa puissance; — par ses esclaves; — par ceux dont on a l'usufruit ou l'usage, et par les esclaves d'autrui ou les personnes libres qu'on possède de bonne foi.

Toutefois, à l'égard des fils de famille, il faut faire des distinctions relativement aux divers pécules. — Ces pécules sont au nombre de quatre : le pécule *castrans*, le *quasi-castrans*, et ceux que les commentateurs ont nommés *adventice* et *profectice*. — La position des fils de famille, par rapport à leurs droits sur ces pécules, successivement améliorée par les constitutions impériales, l'a été beaucoup encore par Justinien.

A l'égard des autres personnes par lesquelles on acquiert aussi la propriété, il faut faire les distinctions qui résultent de l'étendue des droits attribués à l'usufruitier, à l'usager, ou au possesseur de bonne foi.

Dans tous ces cas, et dans leurs diverses limites, on acquiert la propriété même à son insu et contre son gré.

Quant à la possession, on l'acquiert aussi par ces mêmes personnes, et dans les mêmes limites. — Toutefois il y a cette différence qu'on ne l'acquiert pas, comme la propriété, à son insu et malgré soi; il faut que nous ayons l'intention, et par conséquent la connaissance de la possession prise en notre nom. — S'il s'agit néanmoins de choses entrant dans un pécule, l'intention générale de profiter de ce qui y entre suffit, sans que nous ayons la connaissance particulière de chaque chose dont la possession y est entrée.

A l'égard des personnes qui nous sont étrangères, nous n'acquérons jamais par elles la propriété; — mais nous pouvons acquérir la possession, et par voie de conséquence, la propriété. — Il faut aussi, dans ce cas, que nous ayons la connaissance et l'intention de la possession qui est prise par eux en notre nom. — Toutefois, si c'est notre procureur, le mandat primitif suffit, et la possession nous est acquise, même à notre insu, avant que nous sachions que notre procureur l'a reçue.

Après avoir exposé ainsi les moyens d'acquérir des objets particuliers, le texte passe à l'exposition des moyens d'acquérir par universalité.

DES SUCCESSIONS OU ACQUISITIONS PAR UNIVERSALITÉ.

637. Il était des cas où le patrimoine entier d'une personne, l'universalité de ses biens et de ses droits, passait en masse sur une autre tête : alors avait lieu ce qu'on nommait succession par universalité (*per universitatem successio*), acquisition d'une universalité (*per universitatem acquisitio*).

L'universalité ainsi transmise comprenait dans son ensemble tous les biens corporels et incorporels, tous les droits actifs et passifs, à l'exception seulement de quelques-uns dont la nature était de s'éteindre par l'effet même de ce changement.

Celui qui acquérait ainsi se trouvait substitué à l'ancien propriétaire, se nommait son successeur (*successor*), entrait en son lieu et place, soutenait sa personne (*personam ejus sustinebat*), c'est-à-dire la prenait en lui et la continuait.

638. Les successions par universalité avaient lieu non-seulement

pour les morts; mais encore, dans plusieurs cas, pour les vivants, qui pouvaient voir eux-mêmes leur patrimoine et leur personne juridique passer en masse sur la tête d'un successeur.

Les Instituts traitent d'abord des successions universelles des individus décédés : c'est-à-dire des différentes hérédités et des divers genres d'acquisition qui s'y rattachent.

Quant aux successions universelles des vivants, elles furent presque toutes supprimées par Justinien; cependant les Instituts leur consacrent quelques titres fort courts.

Des hérédités.

639. Pour restituer à cette matière le type romain qui lui appartient, il faut la considérer dans toute la rigueur du droit primitif.

Qu'un fils de famille, qu'une personne *alieni juris* meure, c'est un individu, c'est un corps humain seulement qui périt. Sa personne se confondait dans celle du chef; les choses sacrées de la famille (*sacra familiæ; sacra gentis*); les choses profanes : domaine, obligations, actions, tout résidait sur la tête de ce chef, la mort du fils n'y a apporté aucun vide; la personne n'a subi aucune altération; il n'y a lieu à aucun remplacement, à aucune succession.

Mais qu'un chef de famille meure : la personne qui était en lui, et les choses sacrées, et les choses profanes, domaine, obligations, actions, qui résidaient en cette personne, que vont-elles devenir? Sa mort a laissé une place vacante, a fait un vide dans l'association : ce vide sera rempli, cette place vacante sera occupée, cette personne sera reprise et continuée par une autre.

Ainsi, l'individu meurt, mais la personne juridique est immortelle. Comme l'âme qui se dégage du corps, pour aller, au dire de certains philosophes, animer d'autres êtres, de même (mais plus certainement dans l'ordre législatif romain), la personne juridique se dégage avec le dernier souffle du mourant, pour aller se poser sur d'autres individus. Création du droit civil, elle ne peut périr par une mort matérielle : ce sont des causes juridiques qui seules peuvent l'éteindre.

640. Mais ce remplacement d'un citoyen décédé par un autre; la désignation de celui qui doit ainsi, après la mort d'un chef de famille, prendre sa place et continuer juridiquement sa personne, pour les choses sacrées comme pour les choses profanes, ne sont pas, dans la constitution primitive des Romains, affaires de droit privé. Ce sont des actes qui appartiennent éminemment à l'ordre religieux et à l'ordre public. La hiérarchie de ce remplacement est marquée : l'organisation de cette agrégation politique qu'on nomme la famille, famille non pas naturelle, mais civile, voilà sa règle; voilà la loi générale. Si l'on veut rompre cette hiérarchie des

agrégations civiles, ou en sortir, il faut une loi particulière. C'est le peuple convoqué dans l'ordre primitif et aristocratique, par curies, dans ces comices curiates (*calata comitia*) tenus pour les actes les plus importants du culte religieux, pour le collége des pontifes, pour l'inauguration du Roi ou des Flamines, pour la *detestatio sacrorum* (1), c'est le peuple qui décide lui-même, qui admet que tel citoyen, à la mort de tel autre, le remplacera et le continuera dans l'association (2). Le testament est une loi véritable.

641. Mais qu'on se reporte aux temps primitifs. Ici le peuple n'est qu'un nom illusoire, l'association aristocratique et patricienne est tout : c'est d'elle que dépendent les comices curiates et les choses sacrées; c'est elle qu'il s'agit de maintenir et de perpétuer intacte dans ses diverses agrégations, au gré de toute la corporation. Les plébéiens ne sont rien, ou trop peu de chose pour qu'ils puissent communément aspirer à des formes religieuses et publiques aussi hautes ; la loi commune doit leur suffire sinon en droit, du moins en fait, puisque les testaments dépendent de la décision des curies.

Alors un moyen fictif et détourné vient à leur secours : on ne fera pas le testament dans les curies, mais on vendra par la mancipation son patrimoine (*familia pecuniaque*, dit la formule) (3), et l'acheteur de ce patrimoine (*familiæ emptor*), s'il n'est pas un héritier, du moins en obtiendra la place (*heredis locum obtinebat*) (4). Voilà le testament *per mancipationem, per æs et libram;* testament fictif, fait pour éluder la nécessité de l'intervention des comices, et qui a dû être tout plébéien dans son origine.

642. Puis, lorsque les plébéiens eurent obtenu cette transaction politique poursuivie par eux si longtemps, une loi uniforme, une loi générale, écrite et connue de tous, la loi des Douze Tables, la disposition que voici y fut gravée comme une conquête, comme un droit acquis à tous les citoyens : « UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO; » paroles interprétées dans le sens le plus large : *legare, legem dicere, legem condere,* faire la loi de son hérédité (5). D'où la conséquence que les curies ne

---

(1) AULU-GELLE. 15. 27. Voir ci-dessous, § 1, n° 650.

(2) Voilà d'où vient la règle que le testament doit être fait *uno contextu*, car si les comices sont interrompus, tout ce qui avait été commencé est nul : il faut le reprendre à nouveau.— Voilà d'où vient celle qui exige que l'héritier désigné existe et ait les droits de cité au moment où se fait le testament, il faut bien qu'il existe et qu'il ait les droits de cité pour que les comices l'agréent; mais quels que soient son âge ou son sexe, peu importe, car sa présence dans les comices n'est pas nécessaire. La première de ces règles a passé dans notre droit, la seconde n'y est pas admise. — Voilà enfin ce qui explique les particularités les plus saillantes du droit romain sur les successions

(3) Voir ci-dessus, n° 304, et les termes de la formule ci-dessous, n° 652, en note. — (4) GAI. 2. § 103. — (5) « Verbis legis XII Tabularum his : *Uti legassit suæ rei, ita jus esto*, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi,

durent plus intervenir dans les testaments pour statuer législativement, avec la faculté d'y consentir ou de les rejeter; mais seulement pour les recevoir et pour les constater (*teste populo*, dit la paraphrase de Théophile) (1). Le testament indirect *per æs et libram* restant, d'ailleurs, toujours le plus fréquent, parce qu'il était le plus commode; mais recevant, dans sa formule, la mention que le citoyen, plébéien ou patricien, y exerçait un droit garanti par la loi publique : « Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam (2). »

643. Aussi l'exercice de ce droit fut-il toujours précieux au Romain. C'était la conquête du plébéien; un affranchissement de sa position inférieure; un de ses nivellements avec les patriciens; le citoyen dut tenir à honneur d'user de ce pouvoir public; d'être le législateur de son hérédité (*legem testamenti condere, testamentum condere*); et, dans les mœurs des Romains, mourir intestat fut pris en une sorte de malheur ou quelquefois de tache pour la mémoire; d'autant plus qu'on n'avait rien à imposer aux héritiers de la loi générale, à celui qu'on n'avait pas choisi soi-même; aucune obligation, aucune disposition, si minime qu'elle fût, à leur enjoindre.

644. De cette appréciation générale de l'histoire, nous pouvons maintenant passer aux détails du droit.

Le mot *hérédité* se prend en deux sens : il signifie ou la succession, le fait de succéder à l'universalité des biens et des droits d'un citoyen décédé (3), ou cette universalité elle-même (4). L'hérédité, dans ce dernier sens, comprend le patrimoine du défunt considéré dans son ensemble, à l'exception seulement des choses qui ont dû s'éteindre par sa mort; quel que soit du reste ce patrimoine : consistant en objets corporels ou en actions; solvable ou insolvable, lucratif ou onéreux.

---

et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. » Dig. 50. 16. 120 f. Pomp. — Ulp. Reg. 24. 1. « Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur. » — Cette expression *condere testamentum*, comme on dit *condere legem*.

(1) Théoph. § 1 et suiv. — C'est ainsi que je crois devoir résoudre la question si débattue encore entre ceux qui pensent que les curies décidaient législativement sur les testaments, et ceux qui croient qu'elles ne faisaient que prêter témoignage. Je distingue les époques, et cette distinction me paraît admissible; à moins qu'on ne dise que, dans la loi des Douze Tables, *legare* ne désigne que la loi imposée au successeur : le choix de ce successeur, de celui qui doit continuer la personne, dépendant toujours de la décision des comices, et la volonté du testateur faisant loi pour toutes les autres dispositions; de même que dans le testament *per æs et libram*, la mancipation constitue le *familiæ emptor*, et la *nuncupatio* déclare la loi que le testateur impose à cet acheteur. Voy. Gai. 2. § 104. — Ulp. 24. 1. — (2) Gai. 2. § 104. Voir la formule ci-dessous, n° 652, en note. — (3) « Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit. » (Dig. 50. 16. 24. f. Gai.) — (4) « Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat. » (D. 50. 16. 208. f. Afric.)

Dans la langue antique du droit, l'hérédité, l'ensemble du patrimoine se nommait *familia*. Ce fut de là que vint pour celui qui la recueillait le mot *heres*, héritier, tiré de *herus*, maître de la famille (1); et, plus tard enfin, celui de *hereditas*, qui n'était pas encore employé dans la loi des Douze Tables.

645. Tant que personne n'avait encore recueilli, acquis l'hérédité, elle soutenait et continuait elle-même la personne du défunt (2); elle formait une sorte de personne légale (3), considérée comme propriétaire des choses héréditaires (4). C'était ainsi que les Romains remplissaient la lacune entre la mort du propriétaire et l'acquisition de son hérédité par un autre. La personne juridique, dégagée par la mort de l'individu, se reposait sur le patrimoine, jusqu'à ce qu'il y eût un héritier en qui elle pût passer. —Les conséquences pratiques les plus saillantes de ce principe sont celles que nous présentent les textes relativement à la capacité des esclaves de l'hérédité. Cette capacité se règle non d'après la personne de l'héritier futur, mais d'après celle du défunt (5). Nous en trouverons des applications aux cas d'institution ou de legs au profit de l'esclave d'une hérédité jacente, ou de stipulations faites par un tel esclave (ci-dessous, n°s 723, 1292, 1293.)

Ceci n'a pas empêché le jurisconsulte Cassius et ceux qui ont suivi ses opinions après lui, de poser également en règle que l'héritier, par l'effet de l'adition, est censé avoir succédé au défunt dès l'instant de la mort : de telle sorte que l'adition aurait une sorte d'effet rétroactif (6). Il semble que cette proposition soit inconciliable avec la précédente; cependant nous la croyons vraie lorsqu'il s'agit uniquement de l'héritier considéré dans la jouissance ou dans l'exercice des droits qui lui ont été

---

(1) « Veteres enim heredes pro dominis appellabant. » (INSTITUTS, 2. 19. § 7.
(2) Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet. » (D. 41. 1. 34. f. Ulp.) — Ce principe est aussi dans les Instituts, liv. 3, tit. 17. pr. — (3) « Hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. » (D. 46. 1. 22. Florent.) — (4) « Creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. » (D. 28. 5. 31. § 1. f. Gai.) — « Domini loco habetur hereditas. » (D. 11. 1. 15. pr. f. Pomp.) — (5) Ainsi, que l'on suppose un citoyen romain militaire ayant déféré son hérédité à un pérégrin, ce qu'il pouvait faire (ci-dessous, n° 676), tant que l'hérédité sera jacente, la capacité de l'esclave héréditaire se réglera par la considération de la personne du défunt qui était citoyen romain, et non par celle de l'héritier futur, qui est pérégrin. De même pour l'application de l'incapacité résultant de la loi VOCONIA, si on suppose une femme instituée héritière dans les limites permises par cette loi (ci-dessous, n° 719). La capacité d'être institué se réglera, pour l'esclave appartenant à l'hérédité jacente, non par celle de la femme future héritière, mais par celle du défunt. — Rapporter ici néanmoins le fragment de Gaius (D. 31, *De legatis*, 2°, 55. § 1.), où l'on voit que les jurisconsultes romains n'avaient plus considéré la personne du défunt quand il s'agissait du *jus capiendi*.

(6) « Heres quandoque, adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur » (D. 29. 2. *De adq. vel amit. hered.*, 54. f. Florent. — « Quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. » (D. 45. 3. *De stipul. serv.*, 28. § 4. f. Gai., d'après Cassius.)

dévolus par l'hérédité (1). Les événements intermédiaires concernant l'hérédité jacente se règlent par la considération du défunt, s'il y a lieu de faire intervenir quelque considération de capacité personnelle ; mais l'héritier, en faisant adition, prend ses droits comme s'il les avait reçus immédiatement de ce défunt. Quand on veut descendre aux applications pratiques pouvant avoir un caractère contentieux, on n'en trouve que deux : l'une relative au droit religieux, qui nous est indiquée par Gaius, et qui consiste en ce que la famille de l'héritier est censée souillée par le deuil (*familia funesta facta*) à partir de la mort du défunt, et dans la nécessité d'être rituellement purgée conformément à ce point de départ ; l'autre, sur laquelle les jurisconsultes étaient divisés d'opinion, relative au cas où l'esclave héréditaire aurait stipulé nominativement pour l'héritier futur (voir ci-dessous, n° 1293).

Ainsi, tenons pour certain que le principe général du droit romain était que l'hérédité jacente représente la personne du défunt.

646. L'hérédité était déférée par testament ou par la loi. — Avant tout se plaçait l'hérédité testamentaire : la disposition, la déclaration du citoyen sur son hérédité : « Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto », disaient les Douze Tables. — Ce n'était qu'en second lieu, à défaut de toute disposition testamentaire, que la loi décemvirale réglait elle-même l'hérédité : *si intestato moritur*..., etc. ; et, comme nous venons de le dire, mourir intestat était un malheur, ou même, en certains cas, un déshonneur.

647. Ces deux espèces d'hérédité s'excluaient tellement l'une l'autre, que, tant qu'il pouvait y avoir espérance d'hérédité testamentaire, l'hérédité *ab intestat* ne pouvait être déférée ; que jamais elles ne pouvaient se rencontrer à la fois dans une même succession, car ces deux choses étaient considérées comme inconciliables : être testat et intestat (2). En effet, ou la loi commune, ou la loi particulière ; mais l'une détruit l'autre, d'où, pour conséquence, ces deux autres principes : — 1° Si c'est la loi commune, l'hérédité *ab intestat*, le défunt n'a rien à enjoindre à ceux qui ne sont héritiers par aucun acte de sa volonté ; aucune disposition quelconque à leur commander ; — 2° Si c'est la loi particulière, le testament, elle doit embrasser toute l'hérédité ; rien ne peut rester en dehors. Si le défunt a testé seulement pour partie, les dispositions testamentaires valables seront étendues à la succession tout entière (3).

---

(1) « Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredem extitissent. » (D. 50. 17, *De regul. jur.*, 193. f. Cels., dont on peut rapprocher le fragment 138 de Paul, au même titre.

(2) Cicéron, *De inventione*, 11. 21. — « Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et testato et intestato decessisse : earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. » (D. 50. 17. 7. f. Pomp.)

(3) « Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest. » (Inst. 2. 14. § 5.)

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

TITRE X.

DES FORMALITÉS DES TESTAMENTS.

Le mot testament vient de *testatio mentis* : attestation de la volonté.

648. Cette étymologie du mot *testa-mentum* (*testatio mentis*) est, dans sa dernière partie, bien futile; seule, l'idée de témoignage, d'attestation se trouve dans la racine du mot. On peut en rapprocher cette définition d'Ulpien : « Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat » (1); définition qui concorde avec celle donnée au Digeste par Modestinus : « Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult (2). » Nous verrons cependant que, depuis l'institution des codicilles, il a manqué quelque chose à ces définitions.

I. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace et otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabatur; altero, cum in prælium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per æs et libram:* scilicet quod per mancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus romanis, puberibus, præsentibus, et eo qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus *in desuetudinem abierunt*. Quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen *partim et hoc in usu esse desiit*.

1. Pour que rien de l'antiquité ne soit entièrement ignoré, nous dirons que jadis deux sortes de testaments furent en usage. Les Romains employaient l'un dans la paix et le repos, il se nommait *calatis comitiis;* l'autre au moment du départ pour le combat, on l'appelait *procinctum*. Plus tard vint s'y joindre une troisième espèce, le testament *per æs et libram,* qui se faisait par la mancipation, c'est-à-dire par une vente fictive, avec l'assistance de cinq témoins et d'un *libripens* (porte-balance), citoyens romains pubères, avec celui qu'on appelait *familiæ emptor* (acheteur du patrimoine). Mais, dès les temps anciens, les deux premiers modes de tester *tombèrent en désuétude:* et le testament *per æs et libram,* bien qu'il ait été pratiqué plus longtemps, *devint lui-même inusité dans quelques-unes de ses parties*.

649. Ainsi les anciens Romains ont eu deux sortes de testaments, qu'ils faisaient, comme dit Gaius, l'un dans la paix et le repos, l'autre au moment d'aller au combat, et auquel vint se joindre plus tard une troisième espèce. Les Commentaires de Gaius, les Règles d'Ulpien, les écrivains romains et la paraphrase de Théophile, nous donnent sur ces trois testaments quelques détails historiques qu'il est bon de reproduire.

650. *Calatis comitiis*. Ces expressions signifient, à proprement parler, dans les comices convoqués (*calare est vocare,* du grec καλεῖν) (3). Les *calata comitia* étaient des assemblées spéciales du peuple, convoquées, lorsqu'il en était besoin, pour l'expédition de

---

(1) Ulp. Reg 20. § 1. — (2) D. 28. 1. 1. — (3) Paraphr. de Théophile : sous ce paragraphe il dépeint avec détail ce mode de convocation.

certaines affaires religieuses; et, en outre, à des époques périodiques, pour la confection des testaments. C'est ce que nous enseigne Aulu-Gelle, en se fondant sur l'autorité de Labéon : « Calata comitia..... quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa..... Iisdem comitiis quæ calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant (1). » La convocation de ces comices pour les testaments avait lieu deux fois dans l'année : particularité qui ne nous était révélée que par Théophile seul, mais qui se trouve aujourd'hui confirmée par Gaius (2). Au jour de cette convocation, les citoyens qui voulaient tester le faisaient dans ces comices sous l'autorité et sous la présence du peuple (*teste populo*). Tel était le testament *calatis comitiis;* sa forme primitive et solennelle atteste le caractère législatif, la puissance de loi, que le droit originaire des Romains avait exigés pour sanctionner les volontés du citoyen sur son hérédité.

651. *Procinctum.* Gaius nous donne la véritable signification du mot *procinctus :* il signifiait armée équipée et sous les armes : « Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus (3). » Pour le citoyen appelé à l'armée et près d'entrer en campagne, l'occasion des *comitia calata* ne pouvait pas se présenter, et cependant la guerre allait lui rendre la mort chaque jour imminente. Avant le départ (*cum belli causa ad pugnam ibant; in prælium exituri*), devant l'armée équipée et sous les armes (*in procinctu*), après l'accomplissement des cérémonies religieuses dont parle Cicéron (4), chaque soldat citoyen pouvait faire son testament. Cela se pratiquait aussi durant la campagne, au moment d'une bataille ou d'une expédition dangereuse. C'est ainsi que Velléius Paterculus, à l'attaque de Contrebia, en Espagne, nous montre cinq cohortes légionnaires faisant leur testament *in procinctu,* avant de marcher sur une position escarpée dont elles viennent d'être chassées, et que le consul leur ordonne d'aller reprendre (5). Tel était le testament *in procinctu.* Il n'était qu'une dérivation du testament *calatis comitiis.* Pour le Romain soldat, les *calata comitia,* c'était l'armée équipée et sous les armes; là où était l'armée sous les armes, là étaient ses comices convoqués. De même que le premier testament se nommait testament devant les comices convoqués (*calatis comitiis*), de même le second se nommait testament devant l'armée sous les armes (*in procinctu*). Lorsque les Instituts, et Théophile d'après eux, nomment le testament lui-même *testamentum procinctum*, ce n'est qu'une dénomination bizarre et corrompue, qui n'est ni celle de Gaius, ni celle d'Ulpien, ni celle

---

(1) AUL.-GELL. 15. 27. — (2) « Quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant. » (GAI. 2. § 101.) — (3) G. 2. § 101. — (4) CICÉRON. *De natura deor.* 2. 3. — (5) « Facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret. » (VELL. PATERC. 2. 5.)

des auteurs romains. — Il paraît du reste, qu'au lieu de la nécessité primitive de faire la déclaration devant l'armée équipée et sous les armes comme dans les comices militaires, le droit de la faire seulement devant un certain nombre de témoins, compagnons d'armes, s'introduisit, et donna plus tard naissance aux formes bien plus simples et privilégiées des testaments militaires.

652. *Per æs et libram.* Les deux formes primitives de tester présentaient de nombreux inconvénients; à part même la difficulté pour les plébéiens d'aspirer originairement à un testament *calatis comitiis*, ce testament ne pouvait être fait qu'à Rome, et deux fois seulement dans l'année, au temps de la convocation; l'autre en temps de guerre et sous les armes; cependant, on pouvait être inopinément frappé d'un danger de mort, et décéder intestat, faute de se trouver dans le premier ou dans le second cas. Ici, comme dans toute la législation, l'esprit d'invention subtile et de détours ingénieux vint au secours de la difficulté. On n'abrogea pas le droit primitif, on l'éluda; on ne testa pas d'une autre manière sur son hérédité, on la vendit. — L'hérédité véritable, c'est-à-dire réellement ouverte par la mort d'un citoyen et dévolue à un héritier, était, en qualité de chose incorporelle, *res nec mancipi* (1); mais le patrimoine, la famille du citoyen (*familia pecuniaque*), considéré de son vivant, dans la disposition qu'il en ferait lui-même, fut regardé comme chose *mancipi* (V. ci-dessus, n° 304) : on le transmit donc en mancipation à celui qu'on voulait se donner pour successeur, avec toutes les formalités ordinaires de cet acte, telles que nous les avons détaillées n°s 295 et 315 : avec les cinq témoins citoyens, le porte-balance (*libripens*), le lingot de métal qui simulait le prix, la balance (*æs et libra*), et les paroles sacramentelles appropriées à la circonstance (2). La mancipation ainsi employée fournissait une manière solennelle et indirecte de tester en toute occasion. L'acheteur de l'hérédité (*familiæ emptor*) obtenait lieu et place d'un héritier (*heredis locum obtinebat*); et, comme tel, le testateur lui ordonnait, lui confiait, lui donnait en mandat, toutes les dispositions qu'il voulait être faites après sa mort (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Tel était le testament *per æs et libram.*

653. *In desuetudinem abierunt.* Déjà, à l'époque de Gaius et d'Ulpien, sous Antonin le Pieux et sous Caracalla, les deux premières formes de testament étaient depuis longtemps tombées en désuétude, et ces jurisconsultes ne nous en parlent que comme d'antiques institutions. Le testament *per æs et libram* les avait entièrement remplacées; mais lui-même avait subi d'importantes

(1) GAI. 2. §§ 17 et 34. — (2) « FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (RECIPIO, EAQUE) QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC ÆRE, et ut quidam adjiciunt, ÆNEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; deinde ære percutit libram, idque æs dat testatori, velut pretii loco. » (G. 2. § 104.)

modifications. « Sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat, » dit Gaius. En effet, la mancipation étant un acte d'aliénation irrévocable, et l'héritier futur ayant reçu le patrimoine en mancipation, se trouvant acquéreur du patrimoine (*familiæ emptor*), il en résultait que le testateur, tout en restant maître de ses biens durant sa vie, était néanmoins engagé dans le choix de son héritier; le *familiæ emptor* avait, selon les principes rigoureux, un droit certain d'hérédité (1). On trouva encore le moyen d'éluder la rigueur de ces principes. Le *familiæ emptor* ne fut plus qu'un tiers étranger à l'institution testamentaire, une sorte de figurant, intervenant comme le *libripens* par pure formalité, et pour l'observation en apparence de l'ancien droit : « Alius, dicis gratia propter veteris juris imitationem, familiæ emptor adhibetur, » et l'héritier fut institué dans l'écrit. Le testament *per æs et libram* se composa alors, ainsi que nous l'enseigne Ulpien, de deux formalités bien distinctes : la première, la mancipation de l'hérédité (*familiæ mancipatio*); et la seconde, la nuncupation du testament (*testamenti nuncupatio*). — La mancipation de l'hérédité continua à se faire comme par l'ancien droit, telle que nous l'avons décrite, mais par pure forme; ce ne fut plus qu'une mancipation entièrement imaginaire (*imaginaria mancipatio*). — Après quoi le testateur, tenant en ses mains les tablettes du testament, disait : « *Hæc uti in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor; itaque, vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.* » Et cela se nommait *nuncupatio et testatio*. En effet, dit Gaius, *nuncupare est palam nominare*, c'est nommer hautement; le testateur, par ces paroles solennelles, est censé nommer et confirmer hautement chaque chose qui se trouve spécialement écrite sur ses tablettes (2).

Partim et hoc in usu esse desiit. Ces paroles font allusion à la *mancipatio familiæ*, qui n'était devenue que de pure forme dans le testament *per æs et libram*.

II. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur; postea ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur; sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necessaria.

2. Ces trois formes de testament se rapportaient au droit civil; mais par la suite, l'édit du préteur en introduisit une autre. Le droit honoraire, en effet, ne demandait aucune mancipation; mais il suffisait de l'apposition des cachets de sept témoins; formalité qui n'était pas nécessaire d'après le droit civil.

654. Le droit civil s'était arrêté, pour la forme des testaments, aux adoucissements graduels que nous venons d'exposer; mais le droit prétorien était allé plus loin encore. S'accommodant à des usages introduits et à une simplicité de formes plus utiles, il n'avait

(1) C'est ce que nous dit Théophile dans la paraphrase de ce paragraphe. —
(2) Voir sur tous ces détails Gaius, 2. §§ 103 et 104. — Ulp. Reg. 20. §§ 2 et 9. — Théophile, hic.

plus attaché d'importance à la *familiæ mancipatio*, ni même à la *nuncupatio testamenti*. Le *libripens* et le *familiæ emptor* se trouvant ainsi dépouillés de leur rôle symbolique, et réduits à celui de simples témoins, le nombre de ces témoins était, par là, porté à sept. Mais l'édit du préteur avait exigé une formalité nouvelle : l'usage s'était introduit de cacheter (*signare*) les tablettes du testament, de manière qu'il fût impossible de les lire ou d'y rien changer sans briser le cachet; le préteur en fit une formalité rigoureuse : il exigea que les sept témoins apposassent chacun leur cachet (*signaculum, annulum*). Tel était le testament honoraire. Si l'on avait suivi les formalités du droit, le testament était valable d'après le droit civil; si on avait suivi celles de l'édit, il était valable d'après le droit prétorien. Dans ce cas, il ne donnait pas l'hérédité civile, mais la *possession des biens*. — Ces dispositions de l'édit étaient déjà en pleine vigueur au temps de Gaius et d'Ulpien : « Etiam si jure civili non valeat testamentum, dit ce » dernier jurisconsulte, forte quod familiæ mancipatio vel nuncu» patio defuit, si signatum testamentum fuit non minus quam » septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio » datur (1). »

III. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus, cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat), septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, ex edicto prætoris signacula testamentis imponerentur. Ita ut hoc *jus tripertitum esse* videatur, et testes quidem et eorum præsentia *uno contextu, testamenti celebrandi gratia*, a jure civili descendant; subscriptiones autem testatoris et testium, ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur; signacula autem et *testium numerus*, ex edicto prætoris.

3. Mais peu à peu les mœurs et les constitutions impériales amenant une fusion entre le droit civil et le droit prétorien, il fut établi que le testament se ferait dans un seul et même trait de temps, avec l'assistance de sept témoins (ce qui était exigé en quelque sorte par le droit civil), avec la subscription de ces témoins (formalité introduite par les constitutions), et l'apposition de leur cachet, conformément à l'édit du préteur. De telle sorte que ce droit eut une triple origine. La nécessité des témoins et de leur présence en un seul contexte, dérivant du droit civil : les subscriptions du testateur et des témoins, des constitutions sacrées; enfin les cachets et le nombre des témoins, de l'édit du préteur.

655. De la fusion du droit civil avec le droit prétorien et avec les nouvelles dispositions des constitutions impériales naquit la dernière forme de testament, en vigueur sous Justinien et confirmée par la législation de ce prince. Le testateur présente à sept témoins son testament écrit par lui ou par un autre, soit par avance, soit devant eux; si l'écriture est d'un autre que lui, il y appose, en leur présence, sa subscription, c'est-à-dire sa signature, son nom (cette formalité n'est pas nécessaire si le testament porte que l'écriture est toute de sa main); après quoi, chaque témoin, à son tour,

(1) GAI. 2. §§ 119 et 147. — ULP. Reg. 23. 6, et 28. 6.

appose sa subscription (*subscriptionem*), et ensuite, le testament étant clos, son cachet (*signaculum, annulum*).

Si le testateur veut faire un testament secret, dont personne ne connaisse les dispositions, il le présente cacheté, lié, ou seulement clos, enroulé jusqu'à la fin de l'écriture, en déclarant que c'est là son testament ; sur l'extrémité non enroulée, restée ouverte (*reliqua parte*), il appose sa subscription, et, s'il ne sait ou ne peut écrire, on y supplée par un huitième témoin qui subscrit à sa place, les témoins y apposent aussi leur subscription, et ensuite, le testament étant entièrement clos, ils y mettent leur cachet (1).

656. Ce fut sous le règne de Valentinien III, en Orient, et de Théodose II, son collègue, en Occident, que cette nouvelle forme fut substituée aux deux précédentes. Toutefois la substitution ne fut pas complète dans les parties occidentales de l'empire, car les travaux historiques de M. de Savigny ont prouvé que l'usage du testament civil *per æs et libram*, et du testament prétorien, se maintint en Occident, et qu'il y était même encore observé au moyen âge.

657. *Jus tripertitum*. Le texte démontre suffisamment comment et en quoi les formes de ce testament provenaient du droit civil, du droit prétorien et des constitutions. De là les commentateurs ont imaginé, pour le testament lui-même, le nom de *testamentum tripertitum*.

Uno contextu. La solennité du testament, c'est-à-dire les diverses formalités dont elle se compose, doivent être accomplies d'un seul contexte, sans qu'on puisse les interrompre pour se livrer à aucun acte étranger, sauf la nécessité de satisfaire à des besoins exigés par la nature, ou par la santé même du testateur (2) : « Est autem » uno contextu, dit Ulpien, nullum actum alienum testamento » intermiscere (3). » Les testaments *calatis comitiis* et *per æs et libram* nous montrent tous deux l'origine de cette règle ; si les comices sont interrompus, tout est à recommencer ; et l'acte civil de la mancipation n'admet non plus aucune interruption (n° 640, note 2). — Du reste, l'opération d'écrire ou de dicter le testament n'est pas comprise dans la solennité, qui ne commence qu'à la présentation de l'acte aux témoins.

Testamenti celebrandi gratia. Ceci fait allusion à une autre condition du droit civil, savoir : que les témoins doivent être convoqués spécialement pour le testament (*specialiter rogati*) ; car les comices étaient spécialement convoqués (*calatis comitiis*). Ce qui, dans le droit plus récent, doit s'entendre, dit encore Ulpien, en ce sens que, s'ils ont été convoqués pour une autre affaire, mais qu'avant de commencer la solennité, on les prévienne bien

(1) Voir au Code la constitution de Théodose et de Valentinien. 6. 23. 21. — Cette dernière forme de tester s'est perpétuée presque sans altération jusque dans notre Code, sous le nom de testament *mystique*, art. 976 et suiv. — (2) La constitution de Justinien, Cod. 6. 23. 28, en donne une énumération assez minutieuse. — (3) D. 28. 1. 21. § 3. f. Ulpien.

(*certiorentur*) qu'ils vont servir de témoins au testament, cela suffit (1).

Testium numerus. La nécessité de la présence de témoins provenait du droit civil; leur nombre était de cinq, d'après ce droit; mais l'édit du préteur ayant réduit le *libripens* et le *familiæ emptor* au simple rôle de témoins, par la suppression de la *mancipatio*, on peut dire que le nombre des témoins, qui fut alors de sept, provenait de l'édit.

IV. Sed his omnibus ex nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

4. A toutes ces formalités, notre constitution, pour garantir la sincérité des testaments et pour prévenir toute fraude, a ajouté que le nom de l'héritier devrait être écrit de la main du testateur ou des témoins : le tout selon la teneur de cette constitution.

La nécessité de cette formalité additionnelle, imposée par une constitution de Justinien (Cod. 6, 23, 29), a été supprimée ensuite par une novelle du même empereur (Nov. 119, 9).

V. Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed alieno quoque annulo licet signare testamentum.

5. Tous les témoins peuvent sceller le testament avec le même anneau. En effet, qu'aurait-on à objecter, comme l'a fait observer Papinien, si les sept anneaux avaient tous la même gravure? On pourrait même se servir d'un anneau étranger.

658. C'était sur l'anneau que portaient ordinairement les citoyens romains que se trouvait gravé leur cachet; mais aurait-on pu valablement cacheter avec une tout autre empreinte que celle d'un anneau? Oui, répond Ulpien, pourvu que quelque signe, quelque figure distinctive y soit gravée (2). Cette apposition d'un cachet par chaque témoin pourrait paraître illusoire, puisqu'il était permis d'employer non-seulement l'anneau d'autrui, mais encore le même anneau pour tous. Mais il faut savoir que chaque témoin, à côté de l'empreinte qu'il avait faite, écrivait de sa propre main par qui et sur le testament de qui ce cachet avait été apposé. C'est un usage qui était suivi, et que les jurisconsultes recommandaient d'observer, bien longtemps avant que les constitutions impériales eussent exigé la subscription des témoins (3). Il ne faut pas, du reste, confondre cette annotation, placée à côté du cachet, avec la subscription, la signature exigée par les constitutions ; cette subscription était, comme l'indique le mot lui-même, intérieure, sous l'enveloppe (*subscriptio*), dans le corps même de l'acte; tandis que l'autre était extérieure, sur l'enveloppe (*superscriptio*).

VI. Testes autem adhiberi possunt ii *cum quibus testamenti factio est*. Sed

6. Peuvent être pris pour témoins tous ceux *avec lesquels on a faction de*

(1) D. 28. 1. 21. § 2. f. Ulpien. — (2) *Ib.* 22. § 5. Il faut rétablir dans ce fragment la négation qui y manque évidemment. — (3) D. 28. 1. 22. § 4. f. Ulp. — 30. f. Paul.

neque *mulier*, neque *impubes*, neque *servus*, neque *furiosus*, neque *mutus*, neque *surdus*, nec *qui bonis interdictum est*, neque is quem leges jubent *improbum intestabilemque* esse, possunt in numero testium adhiberi.

testament; mais les *femmes*, les *impubères*, les *esclaves*, les *furieux*, les *muets*, les *sourds*, les *prodigues interdits*, ni ceux que la loi déclare *improbes et indignes de tester*, ne le peuvent.

659. Ce paragraphe ne peut être expliqué d'une manière bien satisfaisante que si l'on se reporte au testament *per æs et libram*, tel qu'il existe rigoureusement dans sa première forme, lorsque l'héritier était lui-même le *familiæ emptor*.

Cum quibus testamenti factio est. A l'époque dont nous venons de parler, le testateur, *mancipans*, l'héritier, *familiæ emptor*, le *libripens* et les témoins, concouraient tous ensemble à faire le testament; il fallait donc qu'ils eussent entre eux la *faction de testament*, c'est-à-dire le pouvoir de concourir simultanément à sa confection. Et comme cet acte était alors une mancipation, il fallait qu'ils eussent respectivement le droit de participer à la mancipation, soit comme aliénant, soit comme acquérant, soit comme *libripens* ou comme témoins : la condition générale pour tous était qu'ils eussent le commerce, *commercium* (1) ; il y avait, en outre, des conditions particulières pour chacun, selon le rôle qu'ils remplissaient.

Mulier. Les femmes pouvaient acquérir par mancipation, soit pour elles-mêmes, soit pour autrui (2); elles pouvaient donc concourir à la confection du testament comme *familiæ emptor;* mais elles ne le pouvaient, ni comme testateur, parce que la mancipation des choses *mancipi* leur était interdite, si ce n'était avec l'autorisation de leur tuteur (3); ni comme *libripens*, ni comme témoin, parce qu'elles n'étaient pas admises à prêter leur ministère à des actes publics et solennels (4).

Impubes. Il faut appliquer les mêmes réflexions aux impubères (5); avec cette différence, toutefois, qu'ils ne pouvaient jamais manciper leur hérédité, pas même avec l'autorisation de leur tuteur (6). Du reste les règles de la mancipation étaient

(1) Par exemple, nous voyons dans Ulpien (Reg. 19. 4.) que la mancipation pouvait avoir lieu entre les Latins Juniens, parce qu'ils avaient le commerce (*commercium datum est*); aussi le même auteur nous dit-il ensuite : « Latinus Junianus et familiæ emptor, et testis, et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est » (Reg. 20. 8). Mais le Latin Junien ne remplissait ces rôles que pour l'accomplissement de la mancipation. Il pouvait être institué; mais quant à la capacité de recueillir l'hérédité (*jus capiendi*), il ne l'aurait, d'après la loi JUNIA, qu'autant qu'à la mort du testateur, ou dans l'intervalle de la crétion, il serait devenu citoyen romain (*Ib.* 22. 3.). — (2) GAI. 2. 90. — (3) ULP. Reg. 11. 27. — 20. 15. — GAI. 1. 115. — 2. §§ 112. 113. 118. 121 et 122. — (4) Elles étaient néanmoins admises à porter témoignage en justice (Dig. 28. 1. 20. § 6. f. Ulp. — 22. 5. 18. f. Paul.), parce que c'était là attester des faits à leur connaissance, et non pas concourir à un ministère public. — (5) GAI. 2. §§ 83 et 87. — ULP. Reg. 19. 18. Pourvu qu'ils fussent parvenus à l'âge où ils pouvaient acquérir par mancipation. — (6) GAI. 2. 113.

positivement que le *libripens* et les témoins fussent pubères (*civibus romanis puberibus*).

Servus. Mêmes principes pour les esclaves ; ils peuvent recevoir en mancipation, par conséquent être *familiæ emptor* pour leur maître (1), mais jamais manciper, ni être *libripens* ou témoins, *cum juris civilis communionem non habeant*.

Furiosus, mutus, surdus. Le fou ne peut participer en aucune manière à la faction du testament, ni comme mancipant, ni comme *familiæ emptor*, ni comme *libripens*, ni comme témoin, « quoniam mentem non habet, » si ce n'est dans les intervalles lucides. — Le *muet*, parce que, s'il est *mancipans* ou *familiæ emptor*, « verba nuncupationis (vel mancipationis) loqui non potest; » et s'il est *libripens* ou témoin, il ne peut en rendre témoignage. — Le sourd, « quoniam verba familiæ emptoris (vel mancipantis) exaudire non potest. »

Cui bonis interdictum est. Le prodigue ne pouvait concourir à une mancipation d'aucune manière, parce que le commerce lui était interdit (*quoniam commercium illi interdictum est*), et, par conséquent, il n'avait la faction de testament en aucune qualité (2).

Improbum intestabilemque. Cette expression *intestabilis* comprenait à la fois l'incapacité de tester et celle de concourir à la faction d'aucun testament (*nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi*) : tel était l'individu condamné pour libelle (*ob carmen famosum*) (3), pour concussion (*repetundarum*) (4), pour adultère (*adulterii*) (5), et celui que nous indique la paraphrase de Théophile, et qu'il est surtout le cas de faire remarquer ici, savoir, celui qui, ayant concouru à un testament, aurait refusé d'assister à l'ouverture de cet acte, après la mort du testateur, pour reconnaître sa *subscription* et son cachet.

660. Nous venons d'expliquer ce paragraphe par les principes de l'ancien droit à l'époque où l'héritier concourait lui-même à la confection du testament en qualité de *familiæ emptor;* et, par ces principes, tout s'explique clairement; mais il faut examiner les changements survenus depuis.

Le *familiæ emptor* ayant cessé d'être héritier lui-même, ce dernier n'étant plus institué que dans les tablettes et demeurant étranger à la mancipation, il en résulta que des citoyens qui, d'après la forme primitive, ne pouvaient pas être héritiers, parce qu'il leur était impossible d'intervenir dans une mancipation, purent être institués d'après la forme nouvelle : tels furent l'impubère même *infans*, le fou, le muet, le sourd, l'interdit; et sans aucun doute, quoique nous ne le trouvions pas exprimé dans les

(1) GAI. 2. § 87. — (2) ULP. Reg. 19. 4. combiné avec 20. 13, et DIG. 28. 1. 18. — (3) D. 28. 1. 18. § 1. f. Ulp. — 22. 5. 21. f. Arcad. — (4) *Ib*. 15. f. Paul. — (5) *Ib*. 14. f. Papin.

fragments des jurisconsultes, cette extension dans la faculté d'instituer certaines personnes fut un des principaux motifs qui déterminèrent la modification du testament *per æs et libram*. Dès lors, l'expression avoir faction de testament avec quelqu'un, appliquée aux héritiers, ne signifia plus, comme jadis, pouvoir concourir personnellement à la confection solennelle du testament ; mais elle prit le sens que lui donnent déjà les jurisconsultes au temps de Gaius, d'Ulpien, pouvoir être appelé à l'hérédité, quoique à cette époque on distingue encore entre pouvoir être appelé et pouvoir recueillir (*jus capiendi*). Sous Justinien, cette distinction n'existe plus, et nous trouvons l'expression *faction de testament* appliquée à tous ceux qui pouvaient bénéficier de dispositions testamentaires, dans le sens clairement défini au § 4 du titre 19 des Instituts, ci-dessous : « Ceux-là ont faction de testament qui peuvent recevoir par le testament d'un autre, et acquérir soit pour eux-mêmes, soit pour autrui, bien qu'ils ne puissent pas tester eux-mêmes (1). » Dans ce sens, l'esclave, l'impubère même *infans*, le fou, le muet, le sourd, l'interdit, ont faction de testament, quoiqu'ils ne puissent pas coopérer personnellement à la confection du testament.

661. Par suite des mêmes changements, il est encore arrivé qu'on n'a plus considéré pour le *familiæ emptor* les conditions exigées de celui qui acquérait par la mancipation, mais celles d'un simple témoin, puisque lui et le *libripens* ne sont plus intervenus que pour la forme. Aussi, après Gaius qui disait : « De libripende eadem, quæ et de testibus, dicta esse intelligemus : nam et in testium numero est, » Ulpien écrivait déjà : « Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina, neque familiæ emptor, neque testis, libripensve fieri potest (2). »

662. Une règle générale à l'égard des témoins, c'est que les conditions de leur capacité ne doivent être considérées en eux qu'au moment où ils prêtent leur ministère : c'est-à-dire au moment de la confection du testament (*testamenti quidem faciendi tempore*), comme dit le paragraphe suivant ; peu importent les changements survenus depuis : « Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore (3). »

VII. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus, Catonio Vero, quam postea divi Severus et Antoninus, rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, ac si, ut oportet, factum esset; cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis loco libero-

7. Un des témoins qui était, à l'époque de la confection du testament, réputé libre, fut, plus tard, reconnu esclave; Adrien, dans un rescrit adressé à Catonius Verus, et ensuite Sévère et Antonin, déclarèrent qu'ils entendaient venir à l'appui du testament, afin qu'il fût considéré comme aussi valable que si tout y avait été régulier; puisque, au moment où le testament avait été ca-

---

(1) INST. 2. 19. 4. — DIG. 28. 1. 16. f. Pomp. — 28. 5. 49. § 1. f. Florent. — (2) GAI. 2. 107. — ULP. Reg. 20. 7. — (3) D. 28. 1. 22. § 1. f. Ulp.

rum fuerit, neque quisquam esset qui ei status quæstionem moveret.

chetė, ce témoin était communément tenu pour libre, et qu'il n'existait personne qui lui contestât son état.

VIII. Pater, nec non is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

8. Le chef de famille et celui qui est sous sa puissance, de même que deux frères soumis au même chef, peuvent être témoins ensemble dans le même testament, car rien n'empêche de prendre dans une même maison plusieurs témoins pour un acte étranger à cette maison.

663. Outre les prohibitions absolues d'être témoin dans le testament de qui que ce soit, il existe des prohibitions relatives qui empêchent seulement qu'on puisse être témoin dans le testament de certaines personnes. La règle générale à cet égard, est que le testament se passant entre le testateur et l'héritier, aucun d'eux, ni aucun membre de leur famille ne peuvent être témoins. Quand nous disons membre de leur famille, cela ne s'entend que du chef et de ceux qui sont réunis ensemble sous la même puissance, parce que entre eux, selon le droit civil, ils ne forment, quant à la propriété, qu'un seul et même être collectif, et ne peuvent par conséquent se prêter témoignage à eux-mêmes (*reprobatum est domesticum testimonium*). On n'a aucun égard, à ce sujet, à la parenté naturelle; ainsi, une fois sortis de la famille et hors de la puissance, le lien de parenté qui existe, même entre frères ou entre le père et ses fils, n'est pas un obstacle à ce qu'ils soient témoins dans le testament l'un de l'autre.

Quant aux témoins, rien n'empêche qu'ils ne soient entre eux membres de la même famille, pourvu qu'ils soient étrangers au testateur et à l'héritier.

IX. In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias *de castrensi peculio post missionem* faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

9. Mais au nombre des témoins ne doit pas être celui qui se trouve sous la puissance du testateur; et si un fils de famille veut testor, *après son congé, sur son pécule castrans*, ni son père, ni celui qui est soumis à la puissance du même chef, ne pourront lui servir de témoins; car la loi réprouve, en cette matière, un témoignage domestique.

664. *De castrensi peculio*. Nous savons que le fils de famille pouvait tester sur son pécule *castrans*. (V. ci-dess., n° 614). Comme à l'égard de la propriété de ce pécule, la famille ne formait pas un seul être collectif, mais que le fils en avait la propriété exclusive et séparée, Ulpien, en se fondant sur l'autorité de Marcellus, était d'avis que les membres de la famille du fils testateur pouvaient lui servir de témoins dans le testament relatif à ce pécule. Mais Gaius, au contraire, considérant le lien de puissance paternelle qui les unissait, avait donné dans ses Commentaires une décision

inverse (1). C'est cette décision que nous voyons maintenue ici, dans les Instituts; tandis que celle de Marcellus et d'Ulpien a été insérée au Digeste (2).

Post missionem. Parce que si le fils faisait son testament étant encore à l'armée, il jouissait du privilége des testaments militaires, et n'était pas soumis aux règles ordinaires du droit civil ni pour le nombre, ni pour les incapacités des témoins, ni pour les autres formes.

X. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui habet eum in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt; quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, *creditur hodie inter testatorem et heredem agi.* Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiæ emptorem et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi et iis qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare; licet ii qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere *suadebant,* tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, nec aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare : ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

10. De même, ni l'héritier institué, ni ses fils ou son chef de famille, ni ses frères soumis à la même puissance, ne peuvent être témoins; car aujourd'hui le testament *est considéré comme un acte passé en entier entre le testateur et l'héritier.* En effet, bien que, par suite de la subversion complète de ce droit, les anciens, repoussant le témoignage du *familiæ emptor* et des membres de sa famille, eussent admis celui de l'héritier et des personnes liées à lui par les nœuds d'une même puissance; bien qu'en leur reconnaissant cette faculté, on se bornât *à leur conseiller* de ne pas en abuser, toutefois, quant à nous, corrigeant cet usage et transformant le conseil en une nécessité légale, nous sommes revenus à l'imitation du *familiæ emptor,* tel qu'il était primitivement employé, et nous avons refusé à l'héritier qui représente véritablement cet ancien *familiæ emptor,* ainsi qu'aux personnes qui lui sont unies, le droit de se prêter en quelque sorte personnellement témoignage. En conséquence, nous avons sur ce point rejeté de notre Code les anciennes constitutions.

665. *Creditur hodie inter testatorem et heredem agi.* A l'époque du testament *per æs et libram,* l'acte se passait entre le testateur et le *familiæ emptor :* c'était sur eux et sur les membres de leur famille que portaient les incapacités d'être témoins; or, comme dans les temps primitifs le *familiæ emptor* était l'héritier lui-même, l'acte se passait avec lui, il ne pouvait être témoin, ni aucun des siens. Mais lorsqu'on employa un tiers pour *familiæ emptor,* l'héritier devint étranger à la confection de l'acte; il put être témoin et les membres de sa famille aussi. Ce témoignage était rigoureusement conforme au droit civil; cependant les jurisconsultes conseillaient, comme chose convenable, de s'en abstenir. Sous la nouvelle forme de tester introduite par les constitutions, il n'est plus question de *familiæ emptor,* l'acte est considéré

(1) Gai. 2. 106. — (2) Dig. 28. 1. 20. § 2.

comme passé entre le testateur et l'héritier : le témoignage de ce dernier et des siens est donc forcément repoussé.

Suadebant. Tels sont les conseils que donne Gaius dans ses Commentaires, liv. 2, § 108.

XI. Legatariis autem et fideicommissariis, *quia non juris successores sunt*, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus : imo in *quadam nostra constitutione* et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

11. Quant aux légataires et aux fidéicommissaires, comme *ils ne sont pas successeurs au droit du défunt*, nous n'avons dénié ni à eux ni aux personnes qui leur sont unies la faculté d'être témoins; au contraire, nous la leur avons spécialement concédée *par une de nos constitutions*, à eux et, à bien plus forte raison, à ceux qui sont sous leur puissance ou qui les tiennent en la leur.

666. *Quia non juris successores sunt*. Les légataires et les fidéicommissaires ont sans doute un intérêt particulier aux dispositions du testament; mais cet intérêt n'avait jamais paru suffisant pour faire écarter leur témoignage. Lorsque le testament n'était considéré que comme une mancipation opérée entre le mancipant et le *familiæ emptor*, leur exclusion comme témoins ne pouvait pas venir en la pensée, parce qu'ils étaient entièrement étrangers à l'acte; il ne leur était même pas conseillé de s'abstenir à titre de convenance. Après le testament des constitutions impériales, ce droit se maintint, sur le motif moins concluant qu'ils ne sont pas successeurs au droit du testateur, que l'hérédité ne leur est pas transmise, et que le testament, par conséquent, ne peut pas être considéré comme passé entre le testateur et eux.

Quadam nostra constitutione. Elle ne nous est pas parvenue; nous en trouvons une au Code, mais de Zénon (1).

XII. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in charta membranave, vel in alia materia fiat.

12. Peu importe, du reste, que le testament soit écrit sur des tablettes, sur du papier, sur du parchemin ou sur toute autre matière.

XIII. Sed et *unum testamentum pluribus perficere codicibus* quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis : quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit; vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.

13. On peut faire *un seul testament en plusieurs originaux*, les formes requises étant observées, bien entendu, à l'égard de chacun. Il peut arriver même que cela soit nécessaire; par exemple, si quelqu'un qui entreprend une navigation veut emporter avec lui et laisser en même temps à son domicile l'attestation de ses dernières volontés, ou pour tant d'autres causes imminentes dans les destinées humaines.

667. *Unum testamentum pluribus codicibus*. Il n'y a qu'un seul testament, mais plusieurs exemplaires originaux. Il ne faut pas confondre ces exemplaires avec de simples copies. Les exem-

(1) Cod. 6. 23. 22.

plaires dont il s'agit ici sont faits chacun avec l'accomplissement de toutes les formes prescrites (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*); chacun a le caractère d'original et peut suppléer seul à la perte des autres; ils ne sont même faits que dans ce but. Des copies prises sur l'original n'auraient ni ce caractère ni ces effets.

XIV. Sed hæc quidem de testamentis quæ scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare *jure civili* testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata fiet hoc perfectissimum testamentum *jure civili*, firmumque constitutum.

14. Tout cela n'est relatif qu'aux testaments faits par écrit; mais si quelqu'un veut ordonner, *d'après le droit civil*, son testament sans aucun écrit, en appelant sept témoins, et en faisant devant eux la déclaration verbale de sa volonté, ce sera là un testament parfait *selon le droit civil*, et confirmé par les constitutions.

668. Si les testaments n'avaient pu se faire que par écrit, un grand nombre de citoyens auraient été réduits à l'impuissance de tester; mais on pouvait tester soit par écrit, soit verbalement. Le testament primitif *per æs et libram* ne comportait même aucune nécessité d'écriture : le testateur, après avoir mancipé son hérédité au *familiæ emptor*, qui était alors l'héritier lui-même, pouvait lui faire connaître les dispositions qu'il lui donnait à exécuter, aussi bien par une déclaration verbale que par la remise de tablettes écrites (V. ci-dess., n° 653) (1). Il en fut de même lorsque le *familiæ emptor* ne fut plus qu'un étranger : après la mancipation accomplie, le testateur pouvait, sans doute, remettre des tablettes écrites en faisant la nuncupation générale dont nous avons rapporté la formule (n° 653); mais il pouvait également s'abstenir de présenter aucun écrit et faire une mancipation spéciale et détaillée, déclarant à haute voix le nom de son héritier et ses autres dispositions. Voilà pourquoi Ulpien dit : « Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere (2). » La nuncupation générale accompagnée d'un écrit n'avait même été admise que comme équivalent de la véritable et entière nuncupation. — L'édit prétorien, en exigeant l'apposition des cachets, et les constitutions impériales celle de la subscription des témoins, supposèrent la nécessité d'un écrit; mais, en même temps, la faculté de tester verbalement, selon le droit civil, par la nuncupation de sa volonté devant sept témoins, fut toujours maintenue au citoyen; seulement il ne fut plus question ni de mancipation préalable, ni de *emptor familiæ*, ni de *libripens*.

Jure civili. Nous venons de voir, en effet, que ce testament resta étranger aux nouvelles formes introduites par le droit prétorien et par le droit des constitutions; mais les préteurs n'en protégeaient pas moins son exécution en donnant la possession

(1) GAI. 2. 103. — (2) DIG. 28. 1. 21. *princ.*

de biens en vertu de ses dispositions (1). C'est ce testament que les commentateurs appellent *nuncupatif*.

TITULUS XI.
DE MILITARI TESTAMENTO.

TITRE XI.
DU TESTAMENT MILITAIRE.

669. Du moment que les soldats commencèrent à pouvoir faire ou défaire les empereurs, et que ceux-ci, de leur côté, commencèrent à pouvoir donner par leurs édits des faveurs et des priviléges, les priviléges ne manquèrent pas aux soldats; ils en reçurent d'importants quant à leurs testaments, soit pour leur capacité de tester, soit pour la capacité de ceux à qui ils voulaient laisser leurs biens, soit pour la forme de l'acte, soit pour le mode de disposition. L'octroi de ces priviléges commença avec le premier empereur Jules César, comme une simple concession temporaire (2); ses successeurs, Titus, Domitien, confirmèrent cette concession; Nerva et Trajan la généralisèrent; on en fit même une clause particulière qui fut insérée dans les mandats impériaux, et dont le jurisconsulte Ulpien nous a conservé la formule (3). Les préteurs consacrèrent au testament militaire un chapitre spécial de l'édit, et diverses constitutions impériales réglèrent et développèrent ce droit exceptionnel (4). Le titre des Instituts que nous avons à expliquer ne traite que des priviléges relatifs à la forme du testament.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus *propter nimiam imperitiam* eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam, quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur. Videlicet, cum in expeditionibus occupati sunt : quod merito *nostra constitutio introduxit*. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema *sive scripta* inveniatur, *sive sine scriptura*, valet testamentum *ex voluntate ejus*. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, *et si filii familias sunt*, propter militiam conceduntur; jure tamen communi eadem observatione in eorum testamentis adhi-

La nécessité rigoureuse de ces formes, dans la confection des testaments, a été remise aux militaires par les constitutions impériales, *à cause de leur excessive impéritie*. En effet, bien qu'ils n'aient employé ni le nombre légal des témoins, ni toute autre solennité requise, leur testament n'en est pas moins valable; toutefois, seulement dans le temps qu'ils sont occupés en expédition, comme *l'a introduit à bon droit notre constitution*. Ainsi, de quelque manière que la volonté du militaire soit attestée, *par écrit ou sans écrit*, le testament est valable *par l'effet seul de cette volonté*. Mais dans les intervalles qu'ils passent hors de toute expédition, soit dans leurs foyers, soit ailleurs, il ne leur est nullement permis de réclamer un tel privilége. *S'ils sont fils de famille*, ils tireront bien du service militaire la capacité de tester, mais

---

(1) Cod. 6. 11. 2. const. de Gordien. — (2) C'est un des exemples qui prouvent, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, n° 27, combien est fausse l'opinion vulgaire qui place seulement sous Adrien le commencement des constitutions impériales. — (3) D. 29. 1. 1. *princ.* f. Ulp. — (4) *Ibid.* 2. f. Gai. — Voir aussi Gai. comm. 2. §§ 109, 110, 114. — Ulp. Reg. 23. 10.

benda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

dans les formes du droit commun, en observant tout ce qui est prescrit aux autres citoyens.

670. *Propter nimiam imperitiam.* Ce n'était pas à cause de leur impéritie, mais bien à cause de leur qualité et de leur situation de soldat, puisque leurs priviléges portaient même sur des conditions de capacité, et que, d'ailleurs, ils n'en jouissaient qu'à l'armée, en expédition.

Nostra constitutio introduxit. Malgré cette assertion, on peut justement mettre en doute que la constitution de Justinien soit la première origine introductive de cette règle, par laquelle le privilége des militaires est limité aux testaments faits dans les camps, en expédition : la règle paraît avoir existé dès le principe, ou du moins bien antérieurement à Justinien, à en juger par les fragments d'Ulpien et par deux constitutions, l'une d'Antonin, l'autre de Constantin (1).

Sive scripta. L'eût-il de son propre sang, dans le combat, au moment où la vie allait l'abandonner, écrite en lettres sanglantes sur son bouclier, sur le fourreau de son épée, ou l'eût-il tracée sur la poussière avec la pointe de son glaive (2).

Sive sine scriptura. Si le militaire constate sa volonté par écrit, aucun témoin n'est nécessaire, s'il la déclare verbalement, rien n'exige que les témoins auxquels il la déclare aient été convoqués spécialement, ni qu'il y en ait plus de deux, nombre suffisant pour faire preuve, toutes les fois que la loi n'en a pas prescrit un plus grand (3).

Ex voluntate ejus. La seule volonté du militaire fait la force de son testament, indépendamment de toute forme et de toute solennité : « *Sufficiat nuda voluntas testatoris,* » porte le mandat impérial. Tout ce qu'on exige, c'est que cette volonté soit constante; de quelque manière qu'elle le soit, peu importe.

Et si filii familias. Il s'agit du testament sur le pécule castrans que les fils de famille peuvent faire, même lorsqu'ils ne sont plus au service; mais alors avec l'accomplissement de toutes les formes ordinaires.

1. Plane de testamentis militum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit : « Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, *quod et sine scriptura* a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles de cujus bonis

1. Voici, à l'égard des testaments des militaires, un rescrit de l'empereur Trajan, adressé à Statilius Severus : « Ce privilége accordé aux soldats de n'être tenus à aucune formalité pour la confection de leurs testaments doit être compris en ce sens, qu'il doit être constant, avant tout, qu'un testament a été fait : or, cet acte *peut être fait sans écrit,*

(1) Ulp. Reg. 23. 10, et surtout Dig. 29. 1. 4. f. Ulp. — Cod. 6. 21. 1. const. Anton. — 15. const. Constant. — La constitution de Justinien est au même titre du Code, loi 17. — (2) Ce sont les termes de la loi. Cod. 6. 21. 15. const. Constant. — (3) D. 22. 5. 12. f. Ulp.

apud te quæritur, si *convocatis ad hoc hominibus* ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi heredem esse et cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum, si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui : EGO TE HEREDEM FACIO, aut BONA MEA TIBI RELINQUO, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit : et per hoc vera judicia subverterentur. »

même par des non-militaires. Si donc le soldat sur les biens duquel le procès s'est élevé devant vous, *après avoir convoqué des témoins* pour leur manifester sa volonté, leur a parlé de manière à déclarer qui il voulait pour son héritier, à qui il accordait la liberté, il peut être considéré par cela seul, comme ayant fait un testament sans écrit, et sa volonté doit être maintenue. Que si, au contraire, comme cela a lieu journellement en conversation, il a dit à quelqu'un : *Je te fais mon héritier*, ou, *je te laisse mes biens*, il ne faut pas regarder cela comme un testament. Personne n'est plus intéressé que ceux-là mêmes qui jouissent du privilége militaire à ce qu'un pareil exemple ne soit pas admis; autrement il ne serait pas difficile, à la mort d'un soldat, de trouver des témoins qui affirmeraient lui avoir ouï dire qu'il laissait ses biens à tel ou à tel selon leur gré; et par là se trouveraient subverties les véritables intentions. »

671. *Quod et sine scriptura*. Le *quod* se rapporte bien au testament. Le sens est que le testament peut être fait sans écrit, *même* par des non-militaires (ET *a non militantibus*), et par conséquent aussi par des militaires, toujours, bien entendu, avec la dispense des solennités. Voilà pourquoi l'empereur résume plus loin sa décision par ces mots : *potest videri sine scripto hoc modo esse testatus*. Du reste, la controverse des commentateurs sur ce *quod* est sans importance.

Convocatis ad hoc hominibus. Ce qui ne veut pas dire que les témoins, dans les testaments des militaires, doivent être spécialement convoqués. L'empereur répond à l'espèce sur laquelle il avait été consulté, et il pose les faits; mais il ne promulgue pas une règle. Il suffit de lire la paraphrase de Théophile pour bien apprécier le caractère de rescrit qui appartient à cette constitution.

II. Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

2. Bien plus, le militaire muet ou sourd peut faire son testament.

672. Il faut supposer, dit la paraphrase de Théophile, qu'il s'agit d'un militaire qui, par suite de l'infirmité qui lui est survenue, va recevoir son congé pour cause accidentelle (*causaria missio*), et qui faisait son testament, comme dit Ulpien, avant d'avoir reçu ce congé (*ante causariam missionem*), au moment où il compte encore dans les rangs de l'armée (1). Il serait, en effet, absurde et honteux, ajoute Théophile, que le sourd ou le muet fussent admis ou restassent au service militaire; car l'un

(1) D. 29. 1. 4. f. Ulp.

n'entend pas le commandement de son chef, et l'autre, s'il fallait appeler aux armes, ne le pourrait pas.

Le privilége de forme dont il s'agit ici devient pour le sourd ou muet un privilége de capacité, puisque la nécessité des formes solennelles ne lui permettrait aucunement de tester.

III. Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, *quatenus militant* et in castris degunt. *Post missionem* vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quod igitur si intra annum quidem decesserit, *conditio autem* heredi adscripta *post annum extiterit?* an quasi testamentum militis valeat? Et placet valere quasi militis.

3. Mais les constitutions impériales n'accordent ce privilége aux soldats que *lorsqu'ils sont au service* et dans les camps; ainsi les vétérans, *après leur congé*, et les soldats encore au service, mais hors du camp, ne peuvent faire leur testament qu'en suivant les formes du droit commun à tous les citoyens. Le testament qu'ils auront fait au camp, non d'après le droit commun, mais par leur seule volonté, ne restera même valable après leur congé que pendant une année. Qu'arrivera-t-il donc si le testateur vient à mourir dans l'année, mais *que la condition imposée à l'héritier s'accomplisse seulement passé ce délai?* le testament sera-t-il valable comme testament d'un soldat? On décide qu'il sera valable comme tel.

673. *Quatenus militant.* Le privilége n'existe pas encore lorsqu'on n'est pas encore militaire, et il n'existe plus lorsqu'on a cessé de l'être. Or, on n'est militaire que du moment où l'on a été incorporé, inscrit dans les cadres (*in numeris*), et on cesse de l'être lorsqu'on a été rayé par suite d'un congé ou de toute autre cause. Les nouvelles levées, par exemple (*lecti tirones*), bien qu'elles fassent route aux frais de l'État pour rejoindre l'armée, ne sont pas encore militaires, jusqu'à leur incorporation (1).

Post missionem. Pourvu que ce soit un congé honorable ou pour cause accidentelle (*honestam* vel *causariam missionem*, termes consacrés). Les testaments de ceux qui sont renvoyés pour cause honteuse (*ignominiæ causa missi*) cessent à l'instant de valoir comme testaments militaires. Il en est de même de ceux des préfets, tribuns ou autres chefs militaires qui ont reçu, non pas leur congé, mais un successeur (2).

674. *Conditio autem..... post annum extiterit?* Dans le droit romain, lorsque l'institution d'héritier est conditionnelle, l'hérédité testamentaire ne s'ouvre qu'à l'accomplissement de la condition, et non à la mort du testateur. Dans cet intervalle et jusqu'à l'adition, l'hérédité est censée, comme nous l'avons déjà dit, *continuer la personne du défunt;* faudra-t-il en conclure que le testament du militaire mort dans l'année de son congé ne sera pas valable parce que la condition ne sera accomplie, et par con-

(1) D. 29. 1. 42. f. Ulp. — (2) *Ib.* 26. f. Macer. — 21. f. Afric.

séquent l'hérédité testamentaire ne sera ouverte qu'après l'année? Non sans doute : si on donne une année au militaire, c'est pour lui laisser le temps de refaire son testament selon le droit commun ; si ce temps lui a manqué, son testament militaire est valable, à quelque époque que se rapportent ces dispositions. C'est donc le moment même de la mort du testateur qu'il faut considérer ici et non pas celui de l'ouverture de l'hérédité.

Néanmoins, ce n'était pas seulement pour ce qui concernait les priviléges de forme, mais même pour les autres priviléges testamentaires des militaires, que la durée du testament militaire était limitée à une année après le congé. Ainsi il en était de même pour les priviléges relatifs à la capacité du testateur, à celle des héritiers, etc. (1). Voilà ce qui avait pu surtout autoriser le doute dans la question que nous venons de poser et de résoudre avec le texte.

IV. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, in expeditione degens, resignavit illud, et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum, quasi *ex nova militis voluntate*.

4. Quelqu'un, avant d'entrer au service, a fait un testament irrégulier; plus tard, devenu militaire et en expédition, il l'a ouvert; il y a ajouté, ou bien il en a retranché quelques dispositions, ou, de toute autre manière, s'est trouvée manifestée la volonté du militaire que ce testament fût valable : il faut décider que le testament vaut, comme *par la nouvelle volonté d'un militaire*.

675. *Ex nova militis voluntate.* Puisqu'il est dispensé de toutes formes, en manifestant sa volonté d'adopter son ancien testament, soit avec soit sans modification, il fait de ce testament, nul jusque-là, un *nouveau testament*, valable selon le droit militaire. Mais, s'il n'avait pas manifesté cette nouvelle volonté, le testament serait toujours resté nul, parce que le privilége ne s'applique pas aux testaments des militaires, mais aux testaments *faits* par les militaires (*non militum testamenta, sed quæ a militibus facta sunt*).

676. Après avoir examiné, avec le texte des Instituts, les priviléges de forme accordés à l'état militaire, il nous reste à dire quelques mots des autres principaux priviléges. — *Quant à la capacité de tester*, le droit concédé aux fils de famille de tester sur le pécule castrans n'était, dans son origine, qu'un privilége militaire. — *Quant à la capacité de ceux en faveur de qui on teste*, les militaires pouvaient instituer utilement héritiers presque tous ceux avec lesquels on n'avait pas faction de testament, comme les *peregrini*, les déportés (2); ou bien ceux qui n'avaient pas le *jus capiendi*, c'est-à-dire le droit de recueillir l'hérédité à eux déférée, comme, au temps de Gaius encore, les Latins Juniens,

(1) Dig. 28. 3. 7. f. Ulp. — (2) Dig. 29. 1. 13. § 2. f. Ulp.

les célibataires, les *orbi*, et ils pouvaient aussi leur léguer (1). — *Quant à la liberté, à l'étendue et au mode de leurs dispositions*, ils n'étaient pas soumis à la nécessité d'une déclaration formelle pour exhéréder leurs enfants (2); leur testament n'était pas rescindé pour inofficiosité (3); ils pouvaient léguer plus des trois quarts de leurs biens (4); mourir partie testat et partie intestat (5); par conséquent avoir plus d'un testament (6); disposer de l'hérédité même par codicilles (7).

C'est à cette classe de priviléges que se rapporte le paragraphe suivant de notre titre, et non aux priviléges de forme.

V. Denique si *in adrogationem* datus fuerit miles, vel filius familias *emancipatus* sit, testamentum ejus *quasi militis ex nova voluntate valet*, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

5. Enfin, qu'un soldat se soit donné *en adrogation*, ou bien que, fils de famille, il ait *été émancipé*, son testament vaudra *comme par une nouvelle volonté de militaire*, et sera considéré comme n'ayant pas été rendu inutile par la diminution de tête.

677. Il faut savoir, pour l'intelligence de ce paragraphe, que, d'après le droit commun, le testament du citoyen romain, bien que fait valablement dans son principe, tombait, devenait inutile (*irritum*) si le testateur éprouvait l'une quelconque des trois diminutions de tête. Examinons quelles étaient sur ce point les exceptions produites par l'état militaire, en commençant par la grande et par la moyenne diminution, dont le texte ne parle pas.

Ces deux diminutions rendaient le testament *irritum*, parce que le testateur perdait les droits de liberté ou de cité. Il y avait une exception en faveur du militaire qui les aurait éprouvées par suite d'une peine infligée pour un délit militaire (*ex militari delicto damnatus*). Un rescrit d'Adrien lui permettait de tester malgré sa condamnation, et Ulpien affirme qu'il testera selon le droit privilégié des militaires (*et, credo, jure militari testabitur*). Cela posé, le jurisconsulte se demande ce que deviendra son testament, s'il en avait fait un avant sa diminution de tête? Selon le droit rigoureux, il deviendra *irritum*, par suite du changement d'état et de personne que le testateur a subi; mais faudra-t-il nécessairement qu'il soit refait pour reprendre la validité qu'il aura perdue en droit strict (*an vero pœna irritum factum reficiendum est*)? Non, décide Ulpien, car puisque le rescrit d'Adrien permet à ce condamné de tester, et puisqu'il teste alors avec les priviléges militaires, la seule volonté de sa part que son testament précédent reste valable suffit pour faire considérer ce testament comme refait : « Et si militari jure ei testandum s(', dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur (8). » C'est

(1) Gai. 2. §§ 110 et 111. — (2) Voir ci-dessous, tit. 13. § 6. — (3) Cod. 3. 28. 9. const. Alexand. — (4) Cod. 6. 21. 12. const. Philip. — (5) Dig. 29. 1. 6. f. Ulp. — 37. f. Paul. — (6) Ib. 19. pr. f. Ulp. — (7) Ib. 36. pr. f. Paul. — (8) Dig. 28. 3. 6. § 6. f. Ulp.

bien le cas d'appliquer justement ces expressions de notre paragraphe : *Quasi militis ex nova voluntate valet.*

678. Passons à la petite diminution de tête, qui peut arriver soit pour les chefs de famille par l'adrogation, soit pour les fils par l'émancipation ou par l'adoption. Il faut bien se pénétrer de cette idée que, par la petite diminution de tête, de quelque manière qu'elle arrivât, soit qu'elle augmentât, soit qu'elle diminuât la capacité de celui qui la subissait, il y avait toujours renouvellement de personne, renouvellement de famille, renouvellement de propriété. L'individu diminué de tête, en passant dans une nouvelle famille, devenait une nouvelle personne, et s'identifiait à une nouvelle propriété, puisque la propriété était concentrée dans chaque famille. D'où il résultait que le testament qu'il avait fait auparavant ne pouvait plus conserver aucun effet lorsque la personne, la famille et même la propriété, n'étaient plus les mêmes. Il devenait donc *irritum,* sauf au testateur à en faire un nouveau, dans la nouvelle position où il venait d'entrer, si cette position le lui permettait. Tel était le droit commun. Mais les militaires avaient encore sur ce point le privilége qu'ils n'avaient pas besoin de dresser ces nouvelles dispositions; le testament fait pour la position qu'ils occupaient avant leur changement d'état s'appliquait à la nouvelle (*quasi militis ex nova voluntate*); et, bien que rigoureusement il fût devenu *irritum* par la diminution de tête, il était censé ne pas l'être (*nec videtur capitis deminutione irritum fieri*).

In adrogationem. Ainsi le testament fait par un chef de famille *militaire,* soit pour tous ses biens, soit pour les seules choses acquises dans les camps, se transformait, en quelque sorte, si ce chef de famille venait à se donner en adrogation, et s'appliquait au pécule castrans formé par la diminution de tête, comme s'il eût été fait pour ce pécule. Mais il n'en aurait pas été ainsi s'il se fût agi de l'adrogation d'un vétéran ayant déjà cessé d'être militaire (1).

Emancipatus. Ainsi, le testament que le fils de famille *militaire* avait fait sur son pécule castrans se transformait en quelque sorte, si ce fils de famille venait à être émancipé; et, bien que celui-ci, étant devenu chef, n'eût plus aucun pécule, mais seulement des biens formant une seule et même masse (2), le testament fait pour le pécule castrans s'appliquait à cette nouvelle situation, comme s'il eût été fait pour elle (3). Il paraît que ce dernier privilége avait été même étendu aux vétérans (4).

(1) Dig. 29. 1. 23. f. Tertull. — (2) Cod. 3. 28. 37. *in fin.* — (3) D. 29. 1. 22. f. Marcian. — (4) D. 37. 11. 1. § 8. f. Ulp. — 28. 3. 6. § 13. f. Ulp. — Quoi qu'on puisse induire des expressions de ce jurisconsulte, c'était bien là un droit exceptionnel et privilégié. Pour le cas d'adrogation, Tertullien le dit positivement; pour le cas d'adoption, Marcien le dit encore, et il faut le reconnaître forcément,

Quasi militis ex nova voluntate. Dans tous ces cas, la transformation du testament répond à la transformation de la personne et de la propriété, comme s'il y avait une volonté nouvelle.

VI. Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii, tam *anteriores leges* quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederunt peculia, et *quorum quibusdam* permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod *nostra constitutio*, latius extendens, permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari, *sed jure quidem communi*. Cujus constitutionis tenore perspecto licentia est nihil eorum quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

6. A l'imitation du pécule castrans, *des lois antérieures* et les constitutions impériales avaient permis à certains personnages d'avoir un pécule quasi-castrans; *parmi eux, quelques-uns* avaient reçu l'autorisation d'en disposer par testament, bien qu'ils fussent en puissance. *Notre constitution*, étendant cette faculté, l'a concédée à tous ceux qui ont de semblables pécules; leurs testaments restant d'ailleurs *assujettis au droit commun*. Par la lecture de cette constitution, on peut apprendre tout ce qui se rapporte à ce droit particulier.

679. *Anteriores leges*. Il ne faut pas conclure de là que la création du pécule quasi-castrans remontait à des lois antérieures aux constitutions, c'est-à-dire à des lois de la république. On peut tout au plus induire (comme nous l'avons dit ci-dessus, n° 612), de certains fragments d'Ulpien au Digeste, que ce pécule était déjà connu avant la constitution de Constantin; encore cette date est-elle controversable, car, dans une autre opinion, on considère les fragments d'Ulpien comme ayant été interpolés par les rédacteurs du Digeste, et le pécule quasi-castrans comme étant une innovation qui date de Constantin seulement.

Quorum quibusdam. Le droit de tester sur le pécule *quasi-castrans* n'avait pas été accordé, avant Justinien, généralement à tous ceux qui avaient un pareil pécule; mais seulement, par exception, à quelques classes privilégiées : tels étaient les consuls, les proconsuls, les préfets de légion, les présidents de province et autres; Justinien est le premier qui l'accorde à tous sans distinction.

Nostra constitutio. Au Code, liv. 3, tit. 28, *De inofficioso testamento*, constitution 37. — C., lib. 6, tit. 22, const. 12.

Sed jure quidem communi. Sans les priviléges militaires.

Du reste, ce paragraphe appartient au titre suivant plutôt qu'à celui-ci.

---

même dans le cas d'émancipation, pour toutes les hypothèses. En effet, veut-on supposer que le testament fait par le fils de famille sur son pécule castrans se maintenait, après son émancipation, seulement sur les choses acquises dans les camps; mais comment ce chef de famille pouvait-il, si ce n'était par suite d'un privilége, être partie testat, partie intestat? Veut-on supposer que ce testament s'appliquait à tous les biens? mais comment, n'ayant été fait que pour le pécule castrans, prenait-il cette extension universelle, subissait-il cette transformation, si ce n'était encore par présomption privilégiée, *quasi ex nova militis voluntate?* Et le changement de personnalité qui s'opérait par la *minima capitis deminutio?* A lui seul il explique tout.

De quelques autres testaments dispensés des formes ordinaires.

680. Dans cette classe se rangent :

Les testaments faits dans les camps par ceux qui, sans être militaires, vivent à l'armée (*in hosticolo, in procinctu versantur*) et sont exposés aux mêmes périls (*eadem pericula experiuntur*). Ces testaments, en cas de décès à l'armée, sont valables, sans autres formes que ceux des militaires (1);

Les testaments des *navarchi, trierarchi*, des rameurs et des nautoniers sur les flottes, car ces marins sont militaires (2);

Les testaments de ceux qui sont atteints d'une maladie contagieuse, pour lesquels une constitution de Dioclétien et de Maximien fait remise, non pas de la convocation et du nombre des témoins, mais de la nécessité de les rapprocher et de les mettre en présence du testateur, ou même entre eux, suivant une autre interprétation (3);

Les testaments faits à la campagne, où il est souvent difficile de trouver des personnes sachant écrire. Pour ces testaments une constitution de Justinien accorde, selon les cas, diverses remises quant à la nécessité de la souscription du testateur et des témoins, et permet même de réduire jusqu'à cinq le nombre de ces témoins (4).

TITULUS XII.	TITRE XII.
QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.	QUELS SONT CEUX QUI N'ONT PAS LA PERMISSION DE FAIRE UN TESTAMENT.

681. Une première chose à considérer, dit Gaius, si nous recherchons la validité d'un testament, c'est de savoir si celui qui l'a fait avait la faction de testament : « Imprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem. »

Nous avons suffisamment expliqué (n°s 659 et 660) quelles étaient l'origine et la valeur primitive de cette expression *faction de testament*. Nous savons que, modifiée d'abord dans son acception par suite de la simplification des formes testamentaires, elle désigne, à l'époque de Justinien, selon la propre définition des Instituts, en premier lieu la capacité de faire un testament; et, en second lieu, celle d'être appelé à l'hérédité ou au bénéfice d'un legs, pour soi ou pour autrui, par le testament d'un autre (5).

C'est de la première de ces deux capacités que nous allons nous occuper ici avec le texte.

(1) D. 37. 13. 1. pr. f. Ulp. — (2) D. 37. 13. 1. § 1. — (3) Cod. 6. 23. 8. — (4) *Ib.* 31. C'est l'origine des dispositions analogues de notre droit. — (5) *Infrà*, tit. 19. § 4. — D'où les commentateurs ont fait deux sortes de factions : la *faction active* et la *faction passive*, expressions qui n'ont jamais été dans la langue du droit romain. La faction, c'est-à-dire la coopération à la confection du testament, était un fait actif, tant de la part du testateur que de la part du *familiæ emptor*, du *libripens* et des témoins.

682. La faction de testament n'était pas de droit privé, elle était de droit public : « Testamenti factio non privati sed publici juris est, » nous dit Papinien (1). Le droit de régler son hérédité, c'est-à-dire de se donner, après sa mort, dans l'association générale, un continuateur de sa personne juridique, ce droit n'était pas une conséquence nécessaire de la propriété; il fallait l'avoir reçu de la loi; et ceux-là n'avaient pas la faction de testament auxquels elle n'avait pas été concédée (*quibus non est permissum facere testamentum*).

683. Il importe de bien distinguer deux choses dans la faction de testament : le droit d'avoir un testament et celui de le faire, c'est-à-dire l'attribution légale du droit et la capacité suffisante pour l'exercer; ou plus simplement, le droit et l'exercice du droit. Ainsi, tout citoyen romain, chef de famille, a le droit d'avoir un testament; mais s'il est fou ou impubère, voilà une impossibilité morale; s'il est sourd et muet, une impossibilité physique, qui le mettent hors d'état de tester, et qui produisent à son égard une incapacité exceptionnelle d'exercer le droit qui, selon la règle commune, lui était dévolu.

684. Pour la faction de testament, c'est-à-dire pour pouvoir le confectionner, le faire valablement, il faut évidemment les deux choses : l'attribution légale du droit et la capacité de l'exercer; l'une et l'autre sont également indispensables : si l'une ou si l'autre manque, le testament est nul dès son principe, et ne pourra jamais rien valoir. Mais une fois le testament valablement fait, des distinctions importantes se présentent.

La capacité d'exercer le droit peut cesser et ne plus reparaître; le testateur peut devenir fou, interdit, sourd et muet, et l'être encore au moment de sa mort, peu importe : pourvu que le droit d'avoir un testament lui soit resté, il n'a plus aucun besoin de l'exercice de ce droit, puisqu'il l'a déjà exercé, puisqu'il s'est précautionné, puisqu'il a fait son testament à l'avance, en temps opportun. Ce testament reste valable, et l'incapacité subséquente, qui n'affecte que l'exercice, ne nuit pas plus au droit du testateur que n'y nuirait l'incapacité physique, résultat de la maladie et des approches de la mort.

685. Mais, quant à l'attribution légale du droit en lui-même, il en est tout autrement : il faut que ce droit existe et se maintienne jusqu'au décès. En effet, le testament n'est fait en réalité que pour cette époque suprême; s'il est dressé avant, ce n'est que par anticipation. La disposition de l'hérédité, quoique déclarée par avance, est censée faite par le mourant au moment même où la vie l'abandonne; il faut donc qu'à ce moment il ait encore, non pas la capacité de déclarer sa volonté, mais le droit lui-même de disposer. Il y a plus, les principes rigoureux exigeaient que le

(1) D. 28. 1. 3

droit n'eût jamais cessé d'exister en lui, depuis le moment où le testament avait été fait, jusqu'à celui de la mort. S'il avait été détruit dans l'intervalle, pendant un temps quelconque, peu importait qu'il eût été rétabli avant la mort, cela avait suffi pour rendre inutile le premier testament, sauf à en faire un autre. Nous verrons quels adoucissements le droit prétorien avait apportés à ces principes.

686. En résumé, posons en règle qu'il y a, quant au droit du testateur, deux époques à considérer : celle de la confection du testament, celle de la mort; plus le temps intermédiaire. La capacité d'exercer le droit n'est exigée qu'à la première de ces époques, c'est-à-dire lors de la confection de l'acte; mais le droit en lui-même l'est à tous les temps, depuis le testament jusqu'à la mort, sans interruption.

Ces préliminaires étant posés, l'intelligence du texte nous sera facile.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut, *quamvis parentes eis permiserint*, nihilo magis jure testari possint : exceptis iis quos antea enumeravimus, et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus, initio, tantum militantibus datum est, tam auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, necnon optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani et etiam dimissis a militia, id est veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. *Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus*, ad parentem eorum *jure communi* pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse qui id in castris adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia, perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur. Exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus, et præcipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. *Præter hos igitur* qui

Il n'est pas permis à tous de faire un testament. Et d'abord ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui n'en ont pas le droit, à un tel point que, *même avec la permission des chefs de famille*, ils ne pourraient légalement tester : il faut excepter ceux que nous avons précédemment énumérés, et particulièrement les fils de famille militaires, auxquels les constitutions impériales ont permis de disposer par testament des choses acquises par eux dans les camps. Dans le principe, ce droit accordé successivement par le divin Auguste, par Nerva et par l'excellent prince Trajan, ne le fut qu'en faveur de ceux qui étaient au service; mais, plus tard, le divin Adrien le concéda également à ceux qui avaient obtenu leur congé, c'est-à-dire aux vétérans. Si donc ils ont fait un testament sur leur pécule castrans, ce pécule appartiendra à celui qu'ils auront institué héritier : *mais s'ils sont morts intestat, sans laisser d'enfants ou de frères*, leur pécule appartiendra, *d'après le droit commun*, au chef de famille. Nous pouvons comprendre par là que le pécule castrans du soldat soumis à la puissance paternelle ne peut lui être enlevé par le père, ni être vendu ou saisi par les créanciers du père; et qu'à la mort du père, la propriété n'en est pas commune avec les frères, mais exclusivement propre à celui qui l'a acquise dans les camps; bien que, d'après le droit civil, les pécules de tous ceux qui sont sous la puissance paternelle soient comptés au nombre des biens du chef de famille comme les pé-

castrense vel quasi-castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

cules des esclaves le sont au nombre des biens de leur maître : à l'exception toutefois des biens que les constitutions impériales, et surtout les nôtres, ont, pour diverses causes, soustraits à l'acquisition du père de famille. *Hors ceux qui ont un pécule castrans ou quasi-castrans,* si tout autre fils de famille fait un testament, c'est un acte inutile, quand bien même le testateur serait devenu chef de famille avant sa mort.

687. Ce paragraphe préliminaire est relatif au droit lui-même de tester, et les paragraphes suivants à la capacité de l'exercer. Ceux à qui le droit de tester n'a pas été attribué sont :

Les esclaves, et par conséquent ceux qui ont éprouvé la grande diminution de tête, soit par la servitude de la peine, soit par la captivité chez l'ennemi. Nous voyons cependant dans Ulpien que les esclaves publics du peuple romain (*servus publicus populi romani*) pouvaient disposer par testament de la moitié de leur avoir (1);

Les *peregrini,* auxquels le droit de commerce n'a pas été concédé; et, par conséquent, ceux qui ont essuyé la moyenne diminution de tête. — Toutefois, les *peregrini* spécialement citoyens d'une cité (*certæ civitatis cives*) pouvaient y tester selon les lois de cette cité (2);

Ceux dont l'état est incertain, douteux (*qui incertus de statu suo est; de statu suo dubitantes vel errantes*). Tel serait l'esclave affranchi par testament de son maître, mais qui ignorerait que celui-ci est mort, et que l'adition a eu lieu. Ainsi, il faut avoir la conscience, la certitude de son état et du droit qu'il produit (3);

Les affranchis, ni même les fils d'affranchis, n'avaient le droit de tester dans la législation primitive, antérieure aux Douze Tables. Ce fut une rigueur dont les patriciens furent contraints de se relâcher lors de la rédaction de ces lois. Plus tard, lorsqu'on distingua trois classes d'affranchis, les deux nouvelles classes qui furent créées, c'est-à-dire les *Latins Juniens* et les *déditices,* n'eurent pas le droit de tester (4). Il ne s'agit plus de ces différences sous Justinien;

Les personnes déclarées *intestabiles,* dont nous avons parlé ci-dessus, n° 659;

688. Enfin, les fils de famille, les seuls dont s'occupe le texte. Il ne pouvait pas même être question pour eux de tester, puisqu'ils n'avaient aucune propriété, *quoniam nihil suum habent,* dit Ulpien.

(1) Ulp. Reg. 20. 16. — (2) *Ib.* § 14. — (3) D. 28. 1. 14. f. Paul. — 15. f. Ulp. — (4) Ulp. Reg. 20. 14.

Quamvis parentes eis permiserint. Le consentement du chef sur la tête duquel la propriété reposait était impuissant, parce qu'on peut bien faire faire par autrui l'aliénation de sa chose, notamment une donation à cause de mort (1); mais non une disposition testamentaire, qui est de droit public.

Lorsque la propriété de certains pécules fut attribuée aux fils de famille, ce droit ne fut pas suffisant pour emporter celui de tester : car l'un, selon ce que nous avons déjà dit, n'est pas la conséquence nécessaire de l'autre. Il fallut que la faction de testament leur fût spécialement concédée; et elle le fut graduellement de la manière indiquée dans le texte : d'abord pour le pécule *castrans*, et en faveur seulement des militaires; ensuite même pour le pécule *quasi-castrans*, en faveur seulement de certaines classes; et enfin, d'après Justinien, pour tous ceux qui avaient ce genre de pécule.

Si vero intestati decesserint. La position du pécule castrans était bien différente, selon que le fils de famille mourait ayant testé ou n'ayant pas testé sur le pécule. S'il avait testé, le pécule castrans formait une véritable hérédité testamentaire, déférée, en cette qualité, à ceux qu'il avait désignés pour héritiers (*testamento facto, pro hereditate habetur castrense peculium*). S'il était mort sans tester, le pécule castrans ne formait pas une hérédité *ab intestat*, mais le fils n'ayant pas usé du droit qui lui avait été concédé, le pécule castrans rentrait dans le droit commun, c'est-à-dire dans le droit de tous les pécules; le chef de famille le reprenait, non par droit héréditaire, mais par droit de pécule (*non quasi hereditas, sed quasi peculium*) (2), comme chose à lui appartenant, selon le droit ancien (*antiquo jure*), et même, par une sorte de *postliminium*, le père était censé n'avoir jamais été privé de cette propriété, et les actes d'aliénation qu'il avait pu en faire avant la mort de son fils devenaient valables : « Quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia (3). » En effet, dit ici Théophile dans sa paraphrase, lorsque celui à qui il a été concédé par innovation quelque faveur exceptionnelle n'en a pas usé, l'ancienne loi reprend son effet.

Nullis liberis vel fratribus superstitibus. C'est une dérogation introduite au droit que nous venons d'exposer. Ainsi, le fils étant mort intestat, son pécule castrans ne fait pas immédiatement retour, à titre de pécule, au chef de famille; mais il est recueilli de préférence, comme succession *ab intestat*, par ses enfants, et à défaut par ses frères. Ce n'est que dans le cas où le fils décédé ne laisserait ni enfants ni frères, que le pécule castrans parviendrait au père.

Jure communi. Mais alors fera-t-il retour au chef de famille,

(1) V. p. 382, not. 5. — (2) D. 49. 17. 1 et 2. f. Ulp. — (3) *Ib.* 19. § 3. f. Tryph.

à titre de pécule, selon le droit commun à tous les pécules, ou bien sera-t-il déféré aux ascendants, à titre de succession *ab intestat,* selon le droit commun des successions introduites par Justinien? Les mots *jure communi* de notre texte ont-ils la première ou la seconde signification? C'est dans le dernier sens qu'ils sont interprétés par les commentateurs; mais la paraphrase de Théophile leur donne la signification tout à fait inverse : *selon le droit commun,* dit le professeur contemporain de Justinien, *c'est-à-dire comme un pécule ordinaire.* Nous y reviendrons en nous occupant des successions.

Præter hos igitur. Quoique les fils de famille aient la propriété du pécule adventice, ils ne peuvent donc en disposer par testament, parce que ce droit ne leur est accordé par aucune loi.

I. Præterea testamentum facere non possunt : impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur : certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

1. En outre, ne peuvent faire un testament : les impubères, parce qu'ils n'ont pas de jugement, et les fous, parce qu'ils manquent de raison. Et peu importe que dans la suite l'impubère soit mort ayant atteint l'âge de puberté, ou le fou ayant recouvré sa raison; toutefois, le testament fait par le fou dans un intervalle lucide est réputé valable; à plus forte raison celui qu'il aurait fait avant sa folie. Car la folie qui survient ne peut rendre nuls ni le testament ni tout autre acte valablement fait auparavant.

II. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod fecit antequam interdictio bonorum ei fiat ratum est.

2. De même, le prodigue à qui l'administration de ses biens est interdite ne peut faire un testament; mais celui qu'il a fait avant son interdiction demeure valable.

III. Item surdus et mutus *non semper* testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non de eo qui tarde exaudit : nam et mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde *nostra constitutio etiam his subvenit,* ut, certis casibus et modis secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere quæ eis permissa sunt. Sed si quis post factum testamentum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, *ratum* nihilominus ejus *permanet testamentum.*

3. De même, le sourd et le muet *ne peuvent pas toujours* faire un testament : par sourd, nous voulons dire celui qui ne peut absolument rien entendre, et non celui qui entend difficilement; par muet, celui qui ne peut pas du tout parler, et non celui qui parle difficilement. Mais il arrive souvent que des hommes, même lettrés et érudits, perdent, par divers accidents, la faculté d'entendre et de parler. *Une de nos constitutions est venue à leur aide,* afin que, dans certains cas et avec certaines formes, suivant les règles qui y sont tracées, ils puissent tester et faire d'autres actes qui leur sont permis. Du reste, si quelqu'un, après avoir fait son testament, est devenu sourd ou muet par suite d'une maladie ou de tout autre accident, son testament *n'en reste pas moins valable.*

689. *Non semper.* Ils ne le pouvaient que par exception, soit

par privilége militaire, soit par l'octroi d'une permission impériale qu'ils auraient individuellement obtenue (1).

Nostra constitutio etiam his subvenit. Cette constitution, la dixième au titre 22 du livre 6 du Code, accorde la faculté de faire leur testament à tous les sourds et muets qui sont en état de manifester leur volonté, soit parce qu'ils n'ont que l'une ou que l'autre de ces infirmités, soit parce qu'ils n'en ont été atteints que par accident et savent écrire, soit par toute autre cause. La faction de testament ne reste prohibée qu'à ceux qui se trouvent réellement dans l'impossibilité physique de le faire, tels que les sourds et muets de naissance.

Ratum permanet testamentum. Ce paragraphe et les deux qui précèdent n'étant relatifs qu'à des incapacités qui affectent l'exercice seulement et non pas le droit, il faut y appliquer les principes généraux que nous avons exposés, c'est-à-dire que le testament fait à l'époque de l'impuberté, de la démence, de l'interdiction, ne sera jamais valable, quand même ces causes d'incapacité viendraient à cesser; et, en sens inverse, le testament fait en pleine capacité restera valable quand bien même la démence, l'interdiction, le mutisme et la surdité surviendraient. Nous avons suffisamment expliqué pourquoi.

IV. Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam *lex divi Justini*, patris nostri, introduxit.

4. L'aveugle ne peut tester qu'en suivant les formes introduites par *la loi de l'empereur Justin*, notre divin père.

690. *Lex divi Justini.* Cette constitution est la huitième au titre du Code déjà cité. Aucune règle, dans l'ancien droit, n'empêchait les aveugles de tester : « *Cæcus testamentum potest facere*, dit Paul dans ses Sentences, *quia accire* (scire) *potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes* (2). » Mais le père adoptant de Justinien, pour prémunir le testament de l'aveugle contre toute fraude, le soumit à une forme particulière : il exigea, outre les sept témoins, l'assistance d'un tabellion (*tabularius*), et, à défaut, celle d'un huitième témoin, qui devait, dans le cas d'un testament nuncupatif, l'écrire lui-même sous la dictée de l'aveugle, et, dans le cas d'un testament écrit par avance, en donner lui-même lecture, en présence des témoins, à l'aveugle, afin qu'il pût reconnaître ses volontés et les déclarer.

V. Ejus qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit *non valet, quamvis redierit*. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, *sive redierit, valet jure postliminii; sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

5. A l'égard du captif chez l'ennemi, le testament qu'il y a fait *n'est pas valable, même en cas de retour*. Mais celui qu'il avait fait étant encore dans la cité vaudra, *soit en cas de retour, par droit de postliminium; soit en cas de mort chez l'ennemi, par la loi Cornelia.*

(1) D. 28. 1. 7. f. Æmil. Mac. — (2) Paul. Sent. lib. 3, tit. 4, A. § 4.

691. Il importe, pour l'intelligence de ce paragraphe, de se reporter à tout ce que nous avons dit (nos 163 et suiv.) sur le *postliminium* et sur la position du citoyen captif chez l'ennemi. En résumé, nous y avons vu : 1° que tout ce qui tient à l'exercice des droits, tout ce qui consiste en fait, en action, lui est retiré *pendant sa captivité*, et ne sera jamais ratifié, soit qu'il revienne, soit qu'il meure chez l'ennemi ; 2° que tout ce qui consiste en droits (*quæ in jure consistunt*) se trouve non pas détruit pour lui, mais suspendu (*in suspenso retinentur, non abrumpuntur*), et lui sera acquis, s'il revient, par l'effet du *postliminium*, comme s'il n'avait jamais été au pouvoir de l'ennemi (*pro eo ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*) ; 3° enfin, que, s'il meurt chez l'ennemi, il sera, pour tous ses droits, considéré comme mort, non pas en esclavage, mais au moment où il a été fait captif (*quasi tunc decessisse videtur cum captus est*). Appliquons ces principes au testament.

Non valet, quamvis redierit. Parce qu'il s'agit d'un testament *fait chez l'ennemi*, c'est-à-dire de l'exercice du droit; d'un fait, d'un acte opéré par le captif dans les fers.

Sive redierit, valet jure postliminii. Parce que, le testament étant *fait avant la captivité*, il ne s'agit plus de l'exercice du droit, mais seulement du droit lui-même, qui se trouve, non pas détruit, mais tenu en suspens par la captivité, et qui est censé n'avoir jamais été perdu si la condition du retour s'accomplit.

Sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia. Selon la rigueur des principes, le captif mort à l'ennemi était mort esclave ; le *postliminium* pour lui ne s'était pas accompli, il avait subi la grande diminution de tête, il était mort n'ayant plus aucun droit, ni par conséquent celui de laisser un testament valable. Telle fut la rigueur du droit jusqu'à la loi CORNELIA *de falsis*, qu'on nomme aussi *lex* CORNELIA *testamentaria*. Cette loi, qui date de la fin de la république (an de R. 673), est au nombre des plébiscites qui furent rendus sous la dictature de Cornelius Sylla, et qui prirent tous également pour dénomination le nom du dictateur, suivi de la désignation du sujet qu'ils traitaient (tom. I, *Hist.*, n° 293). La loi CORNELIA *de falsis* introduisit une nouvelle question criminelle contre les divers crimes de faux, et principalement contre les faux en matière de testament, dont elle prévit les différents cas, soit qu'ils eussent lieu par altération, radiation ou supposition de dispositions testamentaires, soit par bris ou fausse apposition des cachets, détournement ou suppression de l'acte, ou de toute autre manière. On trouve dans les Sentences de Paul un titre entier consacré à cette loi, et un dans le Digeste (1). Si la loi Cornelia

(1) PAUL. Sent. lib. 4, tit. 7 : *De lege Cornelia*. « § 1. Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, pœna legis Corneliæ de falsis tenebitur, id est, in insulam deportatur. » Dig. 48. 10.

s'en était tenue au droit rigoureux à l'égard du testament du citoyen mort captif chez l'ennemi, elle n'aurait pas considéré comme punissables les actes commis contre ce testament, puisqu'il était nul sans retour. Mais au contraire, par une disposition spéciale, elle leur appliqua la même pénalité, que si le testateur n'était jamais tombé au pouvoir de l'ennemi, mais qu'il fût mort citoyen (*perinde ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent.—Atque si in civitate decessisset*) : d'où la conséquence que les hérédités, les tutelles et toutes les autres dispositions contenues dans ces testaments se trouvent confirmées par la loi Cornelia : *Lex Cornelia confirmat :* telles sont les expressions des divers jurisconsultes parvenues jusqu'à nous (1). Ce principe fut étendu : ainsi on l'appliqua, par voie de conséquence, aux tutelles et aux hérédités légitimes (2), enfin à toutes les parties du droit, et l'on en fit cette règle générale, que nous avons déjà rapportée d'après Ulpien : « *In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est* (3). » C'est là ce que les commentateurs ont nommé *fiction de la loi Cornelia;* mais cette expression n'appartient pas aux jurisconsultes romains, qui disent toujours : Par la loi Cornelia, par le bienfait de la loi Cornelia : *ex lege Cornelia, beneficio legis Corneliæ.*

TITULUS XIII.	TITRE XIII.
DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.	DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANTS.

692. Le droit primitif n'imposait aucune restriction au chef de famille pour la disposition testamentaire de ses biens. « Ces expressions des Douze Tables, *uti legassit suæ rei ita jus esto,* nous dit Pomponius, paraissaient attribuer le pouvoir le plus large dans l'institution des héritiers, dans la concession des legs, des libertés, et dans la constitution des tutelles; mais cela fut restreint, tant par interprétation que par l'autorité des lois et de ceux qui établissent le droit (4) », c'est-à-dire des préteurs et des empereurs.

En effet, la jurisprudence considéra que les personnes placées sous la puissance ou sous la main du chef de famille, faisant en quelque sorte avec lui un seul et même être collectif quant à la propriété, et, après sa mort, recueillant cette propriété comme si elles se succédaient à elles-mêmes, comme si elles étaient leurs propres héritiers, si bien qu'on les appelait *heredes sui,* il fallait

(1) C'est ainsi que s'exprime Ulpien, au tit. 23, Reg. § 5. « ... Ex lege Cornelia, quæ perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset; » et au Digeste, 28. 3. 6. § 12. — Julien, au Dig. 28. 1. 12, et au même livre, tit. 6. f. 28. — Paul, dans ses Sentences, lib. 3, tit. 4, A. § 8. — (2) « Beneficio legis Corneliæ, qua lege etiam legitimæ tutelæ hereditatesque firmantur. » Paul. Sent. 3. 4. A. § 8. — (3) D. 49. 15. 18. f. Ulp. — (4) D. 50. 16. 120. f. Pomp.

au moins, pour les exclure de cette propre succession, le déclarer formellement. De là vint la nécessité imposée au chef de famille qui testait d'instituer ces personnes ou de les exhéréder.

Du reste, comme le chef de famille resta entièrement libre de faire l'un ou l'autre, pourvu qu'il le déclarât, cette condition lui fut imposée moins pour enchaîner sa volonté que pour la rendre plus certaine et pour en assurer l'exécution, afin qu'il n'y eût aucun doute de savoir s'il avait voulu réellement les exclure, ou bien s'il n'avait fait que ne pas penser à elles, soit par oubli, soit par ignorance qu'elles existassent.

On ne connaît pas l'origine précise de ce nouveau droit; mais il était déjà en usage du temps de Cicéron, qui en parle dans son Traité de l'orateur (1).

693. L'exhérédation se faisait de deux manières, ou bien *nominativement*, c'est-à-dire en désignant l'exhérédé par son nom, *Titius filius meus exheres esto*, ou du moins par une indication précise, individuelle, comme si, n'ayant qu'un fils, on disait : *filius meus exheres esto* : c'était là ce que les Romains appelaient *nominatim exheredare*; — ou elle se faisait collectivement, c'est-à-dire en comprenant toutes les personnes dans une exhérédation générale; *ceteri exheredes sunto*; c'était là ce qu'on nommait *inter ceteros exheredare*. Certaines personnes ne pouvaient être valablement exhérédées que si elles l'étaient nominativement; d'autres pouvaient l'être en masse, *inter ceteros*.

D'ailleurs, si les enfants n'étaient ni institués ni exhérédés, bien qu'il y eût quelque disposition de legs ou de fidéicommis en leur faveur, ils n'en étaient pas moins omis ou prétérits; car, à l'égard du droit d'hérédité, il y avait réellement, pour eux, omission.

694. Une chose bien importante à remarquer, c'est que, pour qu'il y eût lieu à exhéréder quelqu'un (*exheredem scribere, exheredare*), c'est-à-dire à le repousser de l'hérédité (*ex hereditate repellere*), il fallait qu'il y fût appelé par la loi. La question de savoir quels étaient ceux que le chef de famille devait nécessairement exhéréder s'il ne les voulait pas pour ses héritiers, revient donc à savoir, avant tout, quels étaient ceux qui étaient appelés à son hérédité; et comme l'obligation n'existait qu'à l'égard des héritiers *siens*, elle revient à savoir quels étaient les héritiers *siens*. Ainsi, la nécessité de l'exhérédation se lie intimement au droit de succession *ab intestat* des héritiers siens : l'une a suivi les vicissitudes de l'autre. Or, de même qu'à l'égard des successions *ab intestat* en général, et de la classe des héritiers *siens* en particulier, nous verrons qu'il faut distinguer soigneusement trois ordres de systèmes : le droit civil primitif, le droit prétorien, et enfin le droit introduit par les empereurs : de même il faut

(1) CICÉR. *De oratore*, 1. 38. — VALER. MAXIM. lib. 7, cap. 7, ex. 1.

faire ces trois distinctions relativement à l'exhérédation. C'est à peu près dans cet ordre que les Instituts en exposent les règles, en copiant presque mot pour mot les Instituts de Gaius en cette matière.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio quam supra expósuimus; sed qui *filium in potestate* habet, curare debet ut eum heredem instituat vel exheredem nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur : adeo quidem ut, et si vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet *ab initio non constiterit* testamentum. Sed non ita *de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus* liberis utriusque sexus antiquitate fuerat observatum : sed si non fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, sed *jus adcrescendi* eis præstabatur *ad certam portionem*. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur : TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO; sive ita : FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

L'observation des règles que nous avons exposées ne suffit pas encore entièrement pour la validité du testament; il faut de plus que celui qui a *un fils sous sa puissance* ait soin de l'instituer héritier ou de l'exhéréder nominativement : car s'il l'a passé sous silence, le testament sera nul; et tellement nul que le fils vînt-il même à mourir avant son père, personne ne pourrait être héritier en vertu de ce testament, parce qu'il *n'a rien valu dès le principe*. Quant *aux filles et aux autres descendants par mâles*, de l'un ou de l'autre sexe, le droit n'était pas le même dans l'antiquité. Lorsqu'ils n'avaient été ni institues ni exhérédés, le testament n'était pas infirmé pour cela : seulement ils avaient le droit *de concourir pour une certaine part* avec les héritiers institués. De plus, les chefs de famille n'étaient pas forcés de les exhéréder nominativement, ils pouvaient le faire *inter ceteros*. L'exhérédation est faite nominativement, lorsqu'on dit : QUE MON FILS TITIUS SOIT EXHÉRÉDÉ, ou simplement : QUE MON FILS SOIT EXHÉRÉDÉ, sans ajouter de nom propre, pourvu qu'il n'y ait pas d'autre fils.

695. *Filium in potestate*. Le droit civil ne considère ici que les enfants soumis à la puissance du chef ou la femme placée sous sa main (*in manu*); ceux-là seuls sont parties dans la copropriété de famille, et par conséquent *sui heredes*.

Il résulte du texte que les fils doivent être exhérédés *nominativement*, et que, s'ils ne sont ni institués ni exhérédés, le testament est radicalement nul dès le principe.

Ab initio non constiterit. Ce point avait été controversé entre les deux sectes de jurisprudents. « Nos précepteurs, dit Gaius en parlant des Sabiniens, pensent que l'institution est nulle dès le principe; mais les auteurs de l'école opposée (*les Proculéiens*) pensent que si le fils, avant la mort du père, vient à ne plus exister dans la famille (*interceptus est*), comme il ne fait plus obstacle, l'hérédité peut être acquise en vertu du testament (1). » Ce fut l'opinion contraire qui prévalut, et qu'Ulpien, Paul et enfin les Instituts de Justinien rapportent sans plus y mettre de doute (2).

(1) GAI. 2. § 123. — (2) ULP. Reg. 22. 16. — D. 28. 2. 7. f. Paul. — Cependant Papinien décide que, malgré la subtilité du droit, si le fils omis s'abstient de l'hérédité qui a été *dévolue à ses frères*, la volonté du testateur, à

696. *De filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus.* A l'égard des filles, des petits-fils, petites-filles ou autres descendants, le lien de la puissance paternelle avait toujours été considéré comme moins important, moins fort qu'à l'égard des fils. C'était ainsi qu'une seule mancipation suffisait, dans le premier cas, pour le détruire, tandis qu'il en fallait trois pour le fils. Nous retrouvons, à l'occasion de l'exhérédation, une différence fondée sur la même idée. Ainsi : 1° les filles, petits-fils, petites-filles et autres descendants peuvent être exhérédés *inter ceteros*, par la formule générale *et ceteri exheredes sunto*, dans laquelle ils se trouvent tous compris ; 2° s'ils ont été omis, le testament ne sera pas nul pour cela ; mais seulement les filles et les descendants omis viendront, en concours avec les héritiers institués, prendre une part déterminée dans la succession.

Per virilem sexum descendentibus, dit notre texte, parce que ceux-là seuls sont dans la famille, *sui heredes ;* les enfants des filles et autres descendants par les femmes n'y sont pas, ainsi que nous l'avons déjà expliqué en exposant la composition des familles ; ajoutons encore, à l'occasion des petits-fils, petites-filles et autres descendants, que la nécessité de les instituer ou de les exhéréder s'applique seulement à ceux qui se trouvent sans intermédiaire sous la puissance du testateur, leur aïeul ; car, s'ils y sont précédés par leur père, c'est celui-ci qui est héritier sien et qui doit être institué ou exhérédé, et non pas eux.

Jus adcrescendi ad certam portionem. En cas d'omission, ils viennent se joindre aux héritiers institués par le testament, sont tenus des legs et prennent une part, qui varie selon que ces héritiers sont des héritiers siens ou des étrangers (1). Dans le premier cas, les filles ou les descendants omis prennent chacun une part virile, une part d'héritier : chacun d'eux compte pour un héritier de plus ; dans le second cas, ils prennent la moitié : « Scriptis heredibus adcrescunt, dit Ulpien, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem partem in dimidiam (2). »

I. *Postumi* quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et *in eo par omnium conditio est*, quod et filio postumo, et quolibet ex ceteris liberis sive masculini sexus sive feminini præterito, valet quidem testamentum ; sed

1. Les enfants *postumes* doivent aussi être ou institués héritiers ou exhérédés. Et *leur condition est la même, en ce que* l'omission d'un postume, soit d'un fils, soit de tout autre enfant du sexe masculin ou féminin, ayant eu lieu, le testa-

---

l'égard des legs et des libertés, sera équitablement protégée (*ex æquo et bono*). D. 28. 3. 17. Il donne une décision semblable en cas de prédécès. *Ib.* 12.

(1) Just. 5. 6. 28. 4. — Ulp. Reg. 22. 17. — Dans le cas où il y a à la fois des héritiers siens et des externes, on suit la même règle en la combinant respectivement pour chacun. Paul en expose fort bien et très-brièvement les conséquences dans cet exemple : *Filio et extraneo æquis partibus heredibus institutis*, dit-il, *si præterita adcrescat, tantum suo avocabit* (enlèvera) *quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Paul. Sent. 3. 4 *bis*. 8.

postea agnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus postumæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant : dum tamen inter ceteros si exheredentur, aliquid eis legetur, *ne videantur præteritæ* esse *per oblivionem*. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non recte exheredari, *nisi nominatim exheredentur*, hoc silicet modo : QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO.

ment n'en est pas moins valable; mais plus tard il est rompu par l'agnation de ce postume, ou bien de cette postume, et se trouve ainsi infirmé tout entier. D'où il suit que, si la femme dont on attendait un postume ou une postume fait une fausse couche, rien n'empêche les héritiers inscrits d'arriver à l'hérédité. Du reste, pour les postumes du sexe féminin, l'usage était de les exhéréder ou nominativement, ou *inter ceteros*, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il leur fût légué quelque chose, afin *qu'elles ne parussent pas omises par oubli*. Quant aux postumes mâles, savoir, les fils et les autres descendants, ils ne pouvaient être régulièrement exhérédés *que nominativement*, c'est-à-dire de cette manière : QUELQUE FILS QUI ME NAISSE, QU'IL SOIT EXHÉRÉDÉ.

697. *Postumus*, dans sa racine philologique ne contient certainement d'autre idée que celle de *posterus* (venant après), dont il est le superlatif en une vieille désinence : de même que d'*inferus*, *infimus*; de *propinquus*, *proximus*, ou, dans la vieille désinence, *proxumus*. Appliquée aux enfants, l'idée est parfaitement rendue par la traduction allemande *nachgeboren* (né après), ou, dans notre langue, par notre épithète de *puîné*. Cependant les Romains ont entendu plus spécialement par *postumus* l'enfant né après la mort du père. Telle est la définition qu'en donnent Varron et Paul, l'abréviateur de Festus; d'où les prénoms de *Postumus*, *Postuma*, en usage pour les fils ou les filles nés après la mort de leur père (1). Cet usage, et par conséquent cette signification remontent bien haut, car Varron nous les signale comme venant des anciens, et nous les rencontrons déjà dans l'Aululaire de Plaute, lorsque, parlant de celui qui, marié vieux, voit sa femme devenir enceinte, Mégapore dit : « Le nom de l'enfant est tout prêt : *Postumus*. »

« Quid dubitas quin sit paratum nomen puero : *Postumus?* (2). »

C'est de là que s'est introduite, sur la foi d'une fausse étymologie, l'orthographe de *posthumus*, qui n'a jamais été celle des Romains,

(1) VARRON, *De lingua latina*, parlant de l'origine des prénoms, liv. 9, § 61 : « Discernendi causa, ut aliquid singulare haberent, notabant : forsitan ab eo, qui mane natus esset, ut is *Manius* diceretur; qui luci, *Lucius*; qui post patris mortem, *Postumus*. » — § 61 : « E quibus, cum item accidisset feminis proportione ita appellata declinarant prænomina mulierum antiqui, *Mania, Lucia, Postuma*. Videmus enim... *Postumam* a multis post patris mortem etiam nunc appellari. » — PAUL, abréviateur de FESTUS, qui était lui-même l'abréviateur de Verrius Flaccus : « Postumus cognominatur post patris mortem natus. »

(2) PLAUTE, *Aulul.* acte 2, scène 1. vers 161. — Dans la même scène, au vers 155, on peut lire, avec la même vieille désinence, le mot *maxumus*.

et, en français, celle de *posthume*, qui est encore, mais à tort, notre orthographe académique.

698. Le sens spécial du mot *posthumus* était devenu prédominant même chez les jurisconsultes, comme on peut le voir par cette définition qu'en donne Ulpien : « *Postumos autem dicimus eos duntaxat qui post mortem parentis nascuntur* (1). » Cependant nous avons déjà expliqué comment, en fait de testament, il avait fallu revenir au sens général, et comment les jurisconsultes entendaient par postume toute personne née après la mort du testateur, quel qu'il fût (ci-dess., n° 183).

Tous les postumes, en général, étaient incapables d'être institués héritiers ou de recevoir aucun legs; car, à l'égard du testateur mort avant leur naissance, ils n'avaient jamais été que des personnes incertaines : or, *incerta persona heres institui non potest* (2).

Cependant il pouvait arriver que le postume, bien qu'incapable d'être institué testamentairement, naquît l'héritier sien du testateur : si, par exemple, c'était un fils dont il avait laissé sa femme enceinte, ou bien un petit-fils dont sa bru, déjà veuve au moment de sa mort, était accouchée après son décès. Dans ces cas et autres semblables, l'enfant, déjà conçu du vivant du testateur, et dans une position telle qu'au moment de sa mort, bien que dans le sein de sa mère, il se trouvait immédiatement sous sa puissance, cet enfant naissait libre et héritier sien, *heres suus*, ainsi que nous l'avons déjà expliqué avec détail, n°s 183 et suivants.

Que devenait donc le testament du défunt? Il se trouvait rompu par l'agnation du postume. Car il eût été inique, et contraire même aux intentions du testateur, de conserver un testament dans lequel cet enfant n'avait rien pu recevoir, et de le dépouiller complétement de l'hérédité paternelle. Mais, d'un autre côté, voilà un cas dans lequel le droit de tester se trouvait inévitablement paralysé, sans qu'il fût même possible d'y pourvoir, dans la prévoyance de la naissance qui allait arriver.

De là se fit sentir la nécessité de permettre au testateur de régler ses dispositions testamentaires en y comprenant cette espèce de postume, qu'il fut alors permis d'instituer. Aquilius Gallus, jurisconsulte des derniers temps de la république, imagina même une formule qui nous est conservée dans le Digeste, et à l'aide de laquelle il devenait régulier d'instituer même les enfants postumes qui ne se trouvaient pas dans cette position, mais qui étaient susceptibles d'y tomber par la suite, par exemple, le petit-fils qui pourrait naître d'un fils vivant encore : en ne faisant qu'une institution conditionnelle, pour le cas où, avant la mort du testateur, cet enfant conçu, ayant perdu son père, devrait naître *sui juris*

(1) DIG. 28. 2. *De injust. rupt. irr. testam.* 3. § 1. f. Ulp. — (2) ULP. Reg. 22. 4.

et *suus heres* (1). Enfin la condition, quoique non exprimée, finit par être toujours supposée.

699. Dès lors on distingua les postumes en deux classes, savoir : les postumes siens (*postumus suus*), ceux qui doivent naître parmi les héritiers siens du testateur, et les postumes étrangers (*postumus alienus*), tous ceux qui ne doivent pas naître parmi ces héritiers, fussent-ils, d'ailleurs, membres de la famille : « Est autem alienus postumus, dit Gaius, qui natus, inter suos heredes testatori futurus non est (2). » Les dispositions testamentaires restèrent toujours prohibées, par le droit civil, à l'égard des postumes étrangers ; mais les postumes siens purent être institués et recevoir par le testament du chef de famille.

Comme conséquence de cette capacité, il devint possible de les exhéréder, si on ne les voulait pas pour héritiers, afin que, par leur naissance, en qualité d'héritiers siens, ils ne rompissent pas le testament.

700. *In eo par omnium conditio est.* Il n'y a aucune distinction à l'égard des postumes quant à l'effet de leur omission sur la validité du testament. Que ce soit un fils postume, une fille, un petit-fils ou tout autre descendant postume qui ait été omis, le testament n'en est pas moins valable dans son principe, parce qu'à l'époque de sa confection, ces postumes n'existaient pas, il n'y avait aucun droit pour eux, et par conséquent aucune nécessité actuelle de les exhéréder ; mais par leur naissance, qu'il s'agisse d'un fils, d'une fille ou de tout autre, le testament dans lequel ils ont été omis se trouve rompu.

701. Quant au mode d'exhérédation, il existait une différence entre les postumes du sexe féminin et ceux du sexe masculin : les premières pouvaient être comprises dans l'exhérédation générale, *inter ceteros ;* les seconds doivent être exhérédés nominativement.

Ne videantur præteritæ per oblivionem. Le testateur ayant dit : « *Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunto*, les femmes postumes pouvaient se trouver englobées dans cette exhérédation collective ; mais comment prouver, à cet égard, l'intention du testateur ? comment distinguer s'il avait songé à elles, prévu la possibilité de leur naissance et voulu les exhéréder ? La mention spéciale que le testateur faisait d'elles, en leur laissant collectivement un legs, si petit qu'il fût, fournissait cette preuve : « *Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunto : postumæ vero meæ, si qua nascetur, centum solidos do, lego,* » pouvait dire le testament ; et il n'y avait alors aucun doute : les femmes postumes se trouvaient comprises dans l'exhérédation, *inter ceteros*.

---

(1) « Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit : *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.* » (D. 28. 2. 29. pr. f. Scævol.) — (2) G. 2. § 241.

Nisi nominatim exheredentur. Mais comment désigner par leur nom des postumes qui ne sont pas encore nés? dit Théophile. Cela doit s'entendre d'une désignation nominale de la classe des postumes, et non pas d'une désignation individuelle : *quisquis mihi postumus natus fuerit exheres esto;* ou bien celle que donne le texte, ou simplement : *quicumque mihi nascetur; — postumus exheres esto; — venter exheres esto,* ou autres semblables. Si l'on ne voulait frapper d'exhérédation que quelques-uns d'entre eux, il faudrait les désigner, par exemple, par l'indication de la mère : *qui ex Seia nascetur,* ou de toute autre manière (1).

II. Postumorum autem loco sunt et hi qui in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat : quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipiunt nepos neptisve in ejus loco succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare; ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpant testamentum. Idque lege Junia *Velleia* provisum est, in qua simul *exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.*

2. On doit assimiler aux postumes ceux qui, prenant la place d'un héritier sien, deviennent par cette quasi-agnation héritiers siens de leur ascendant. Ainsi, par exemple, quelqu'un a sous sa puissance un fils, et de ce fils un petit-fils ou une petite-fille; comme le fils est plus proche en degré, lui seul a les droits d'héritier sien, bien que ses enfants soient avec lui sous le même chef. Mais si, du vivant de ce chef, le fils meurt ou sort de sa puissance de toute autre manière, dès lors le petit-fils ou la petite-fille prend sa place et acquiert ainsi par quasi-agnation les droits d'héritiers siens. Il faut donc, pour que le testament ne soit pas rompu par cet événement, que le testateur, en même temps qu'il est obligé d'instituer ou d'exhéréder son fils pour la validité de l'acte, ait soin d'instituer ou d'exhéréder aussi son petit-fils et sa petite-fille, dans la crainte que, son fils venant à mourir de son vivant, les petits-enfants, en prenant sa place, ne rompent le testament par quasi-agnation. C'est à quoi a pourvu la loi *Junia Velleia,* dans laquelle *le mode de cette exhérédation est indiqué par assimilation à celle des postumes.*

702. Tout ce que nous avons dit sous le paragraphe précédent n'a trait qu'aux postumes proprement dits, aux héritiers siens nés après la mort du testateur. Mais il pouvait arriver que, de son vivant, après la confection de son testament, il survînt de nouveaux héritiers siens, dont la survenance en cette qualité vînt rompre le testament. Le mal, dans ce cas, n'était pas irrémédiable : le testament était rompu; mais, puisque le testateur vivait encore, il pouvait le refaire, en tenant compte du nouvel héritier sien qui

(1) Il est bon de lire, sur ce paragraphe, et en général sur tout ce titre, la paraphrase de Théophile, qui donne des explications fort claires. — Voir aussi Dig. 28. 3. 3. § 5. f. Ulp.

lui était survenu. Aussi la permission d'instituer ou d'exhéréder par avance les postumes avait-elle été uniquement introduite par l'usage, pour ceux qui naîtraient après la mort du testateur, et non pas pour ceux qui naîtraient de son vivant, après la confection du testament. A l'égard de ces derniers, ce fut une loi postérieure et spéciale (la loi JUNIA VELLEIA), qui pourvut à ce que leur naissance ne rompît pas inévitablement le testament.

703. *Lege Junia Velleia.* Cette loi JUNIA (c'est ainsi qu'elle est nommée par Gaius, et non pas *Julia*) (1) fut portée dans les dernières années de l'empire d'Auguste, l'an 763 de la fondation de Rome. Elle contenait plusieurs chefs :

704. Le premier était relatif aux enfants non encore nés lors de la confection du testament, mais qui pourraient naître ensuite héritiers siens, même du vivant du testateur. Sur ce premier chef, il faut bien remarquer les effets de la loi : ces enfants n'étant pas encore nés lors de la confection du testament, n'étant encore alors que des personnes incertaines, ne pouvaient être ni institués ni exhérédés, et nous venons de dire comment et pourquoi ils étaient restés en dehors de la jurisprudence civile qui s'était introduite à l'égard des postumes proprement dits. La loi JUNIA VELLEIA ne veut pas qu'ils rompent le testament : « Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum (2). » Elle y parvient en permettant de les instituer ou de les exhéréder : « Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleiam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati (3). » De sorte qu'Ulpien résume en ces termes le droit à l'égard des postumes : « Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes : si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili (c'est-à-dire par le droit civil résultant de l'usage et de l'interprétation); si vero viventibus nobis, ex lege Julia (*il faut lire* Junia) (4). »

Une partie du texte relatif à ce chef nous est conservée : « *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit*..... (probablement il pourra l'instituer ou l'exhéréder) *etiamsi parente vivo nascatur* (5). »

705. Le second chef était relatif aux petits-enfants du testateur qui, déjà nés au moment de la confection du testament, mais ne se trouvant pas à cette époque au nombre des héritiers siens, parce qu'ils étaient précédés, dans la famille, et par conséquent dans l'hérédité, par leur père, arriveraient plus tard à cette qualité d'héritiers siens, leur père étant venu à mourir ou à sortir d'une manière quelconque de la famille du vivant du testateur. Les effets

(1) GAI. 2. 134. — D. 28. 3. 13. — (2) D. 28. 2. *De lib. et post.* 29. § 11. f. Scævol. — (3) D. 28. 3. *De inj. rupt. irr. testam.* 3. § 1. f. Ulp. — (4) ULP. *Reg.* 22. § 19. — (5) D. 28. 2. 29. § 12. f. Scævol. — Les mots d'Ulpien, « *qui in utero sunt,* » pourraient faire croire qu'il ne s'agit que de postumes déjà conçus, mais ce texte de Scévola est général.

de la loi JUNIA VELLEIA ne sont pas absolument à leur égard les mêmes que les précédents. Ces enfants, déjà nés et par conséquent capables de recevoir au moment de la confection du testament, pouvaient certainement être institués par leur aïeul, et la loi Junia n'a rien à leur accorder à cet égard (*non permittit institui*); mais, d'après le droit civil, quelles que fussent les dispositions du testament à leur égard, leur survenance postérieure en qualité d'héritiers siens, nommée par les jurisconsultes romains *quasi-agnatio*, devait rompre le testament (1). La loi Junia Velleia ne veut pas que cette rupture ait lieu forcément : « Posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi (2). » Elle défend, s'ils ont été institués ou exhérédés, que le testament soit rompu.

Le fragment du texte qui nous a été conservé sur ce second chef est ainsi conçu : « *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus........ in locum suorum sui heredes succedunto*... (probablement que le testament ne soit pas rompu s'ils y ont été institués ou exhérédés) (3). »

Exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. C'est-à-dire, dit Théophile, les descendants mâles nominativement, et les femmes *inter ceteros*, pourvu qu'on leur laisse quelque legs, comme à l'égard des postumes. Des commentateurs interprètent ces mots *exheredationis modus*, en ce sens que la loi JUNIA VELLEIA indiquait la manière de faire cette exhérédation *conditionnellement*, comme Aquilius Gallus l'avait indiqué pour les postumes.

706. On a désigné sous le nom de *quasi-postumes velléiens* les enfants auxquels se rapportait la loi VELLEIA. Les textes ne les qualifient pas de postumes proprement dits, puisqu'ils disent que ces enfants sont *loco postumorum*; cependant leur situation rentre dans l'acception originaire du mot : postume, *nés après*... le testament.

707. L'agnation d'un héritier sien après la confection du testament pouvait survenir de plusieurs autres manières que par la naissance : par exemple, dans l'ancien droit, si, après le testament, une femme (*uxor*) tombait en la main du testateur (*in manu*); si le fils que le testateur avait donné en mancipation venait à être affranchi pour la première ou pour la seconde fois, et rentrait ainsi sous la puissance paternelle; — ou bien si le fils captif chez l'ennemi revenait; si, par la mort de l'aïeul, le fils se trouvant chef de famille, ses enfants devenaient ses héritiers siens; ou enfin si le testateur adoptait quelqu'un postérieurement au testament. Dans ces divers cas, l'agnation postérieure rompait le testament. La loi Junia produira ici ses effets en ce sens qu'il peut y avoir institution anticipée (4); mais l'exhérédation anticipée ne pourrait

(1) GAI. 2. § 140. — (2) DIG. 28. 2. 29. § 15. f. Scævol. — (3) D. 28. 2. 29. §§ 13 et 14. f. Scævol. — (4) D. 28. 2. 23. § 1. f. Pap. et 28. 3. 28. f. Scævol.

pas avoir lieu, même depuis la loi JUNIA VELLEIA, dans les deux premiers cas; et, sous Justinien encore, au cas de l'adoption, comme nous le verrons plus tard.

III. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes*. Sed prætor omnes tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredare jubet : virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros. Quod si neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus, exheredati, permittit eis prætor *contra tabulas testamenti bonorum possessionem*.

3. Quant aux enfants émancipés, le droit civil n'impose aucune nécessité ni de les instituer ni de les exhéréder, *car ils ne sont pas héritiers siens*. Mais le préteur ordonne que tous, sans distinction de sexe, s'ils ne sont pas institués, soient exhérédés : les mâles nominativement, ceux du sexe féminin *inter ceteros*. Et s'ils n'ont été ni institués ni exhérédés, comme nous venons de le dire, le préteur leur accorde *la possession des biens contra tabulas*.

708. *Quia non sunt sui heredes*. En effet, la qualité d'héritier sien étant essentiellement attachée à l'existence dans la famille sous la puissance du chef, l'enfant qui en était sorti par émancipation, ou de toute autre manière, n'était plus héritier sien, et, selon le principe que nous avons posé, il ne pouvait plus même y avoir lieu pour lui à exhérédation. Mais nous verrons au titre des successions *ab intestat* que le préteur, ayant égard seulement au lien naturel, et non au lien de famille, rétablit au rang des héritiers siens et fit concourir avec ces héritiers tous les enfants ou descendants placés en première ligne du défunt, bien qu'ils eussent cessé d'être dans la famille : en leur donnant, non pas l'hérédité civile, mais un droit héréditaire prétorien, une possession de biens, celle qu'on nommait *unde liberi*, par laquelle les enfants étaient appelés au premier rang des héritiers *ab intestat*.

Dès lors naquit pour le père qui faisait son testament la nécessité d'instituer ses enfants ou de les exhéréder, c'est-à-dire de les repousser de l'espèce d'hérédité prétorienne à laquelle ils étaient appelés.

709. *Contra tabulas testamenti bonorum possessionem*. Si ces enfants sont omis, leur omission ne constitue, selon le droit civil, aucune nullité dans le testament, puisque, selon le droit civil, ils ne sont pas héritiers. Ainsi le testament, en principe, est valable, et le préteur reconnaît son existence. Mais pour faire respecter le droit de possession des biens *ab intestat*, qu'il avait attribué aux enfants, il leur accorde, contre les tables de ce testament, une nouvelle possession de biens (*contra tabulas testamenti bonorum possessionem*), par laquelle ils feront considérer cet acte comme non avenu, et ils viendront à l'hérédité comme s'il n'existait pas. Cette possession, du moment qu'il y avait eu quelque enfant omis, pouvait être demandée même par ceux qui avaient été institués.

Le préteur, dans cette rescision totale du testament par la possession des biens *contra tabulas*, n'avait mis aucune différence

entre les enfants omis du sexe masculin et ceux du sexe féminin. De sorte que, dans ce cas et par cette possession de biens, les femmes omises avaient plus d'avantage que n'en avaient, d'après le droit civil, celles qui étaient réellement *sui heredes :* puisque, par la possession des biens *contra tabulas,* elles faisaient écarter le testament en totalité; tandis que, par le droit civil, elles n'avaient que le droit d'accroissement pour une part déterminée. « C'est pourquoi, tout récemment, nous dit Gaius, l'empereur Antonin signifia dans son rescrit que les femmes n'obtiendraient, par la possession des biens, rien au delà de ce qu'elles auraient obtenu par le droit d'accroissement (1). » C'est ce que nous apprenait déjà Théophile.

IV. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili neque quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit ut, ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

4. Les enfants adoptifs, tant qu'ils sont en la puissance de l'adoptant, y sont dans la même condition que les enfants issus de justes noces : ils doivent donc être institués ou exhérédés par lui, comme nous l'avons exposé pour les enfants naturels. Mais s'ils sont émancipés par l'adoptant, ils ne comptent plus parmi ses enfants, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit établi par l'édit du préteur. En conséquence, par réciprocité, à l'égard de leur père naturel, tant qu'ils sont dans la famille adoptive, ils sont considérés comme des étrangers qu'il n'est obligé ni d'instituer ni d'exhéréder; mais, dès qu'ils ont été émancipés par le père adoptif, ils entrent dans la même condition que celle qu'ils auraient eue s'ils avaient été émancipés par le père naturel.

710. De ce que nous avons déjà dit sur l'adoption (n°s 129 et suiv., 138 et suiv.), nous pouvons conclure que, selon le droit civil, l'enfant donné en adoption n'était plus héritier sien de son père naturel, puisqu'il était sorti de sa puissance; par conséquent il n'y avait de la part de celui-ci ni obligation ni même possibilité de l'exhéréder. Mais étant devenu le fils de famille, et par conséquent l'héritier sien du père adoptif, c'était celui-ci qui devait l'instituer ou l'exhéréder, comme tout autre fils soumis à sa puissance.

L'adoption était-elle détruite, et le fils renvoyé de la famille adoptive par l'émancipation, alors cet enfant, selon le droit civil, n'avait plus de droits dans aucune famille : ni dans la famille naturelle, puisqu'il en était sorti par suite de l'adoption; ni dans la famille adoptive, puisqu'il en était renvoyé par l'émancipation. Mais le préteur était venu à son secours. Ayant égard au lien

(1) GAI. 2. §§ 125 et 126. — Antonin le Pieux, ou, probablement, Marc-Aurèle.

naturel, il lui avait donné la possession des biens *unde liberi*, au nombre des enfants, non pas dans la succession du père adoptif auquel il ne tenait plus par aucune sorte de lien, mais dans celle de son père naturel, si toutefois ce dernier vivait encore au moment de l'émancipation : d'où naissait pour celui-ci, lorsqu'il faisait un testament, l'obligation d'instituer ou d'exhéréder cet enfant; car, en cas d'omission, le préteur aurait donné la possession de biens *contra tabulas* à son égard, de même qu'à l'égard des simples émancipés.

V. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio nihil inter masculos et feminas in hoc jure interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur, et lege antiqua Duodecim Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur; ideo simplex ac simile jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentium per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam postumis, introduxit : ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur et *eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda* et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios *certam induximus divisionem* quæ in nostra constitutione quam super adoptivis tulimus, continetur.

5. Telle était l'ancienne législation. Mais pour nous, considérant qu'il n'y a à faire, quant à ce droit, aucune distinction de sexe, puisque l'homme et la femme concourent également, selon leur nature, à la procréation de l'espèce humaine, et que, d'ailleurs, l'antique loi des Douze Tables les appelait également à la succession *ab intestat*, ce que les préteurs ont pareillement fait depuis, nous avons, par notre constitution, introduit une législation simple, uniforme, tant pour les fils que pour les filles et autres descendants par mâles, soit déjà nés, soit postumes, ordonnant que tous, tant siens qu'émancipés, soient institués héritiers ou exhérédés nominativement, et qu'à défaut, leur omission, quant à l'infirmation du testament et à la révocation de l'hérédité, *produise le même effet* que celle des fils héritiers siens ou émancipés, soit qu'il s'agisse d'enfants déjà nés, soit d'enfants seulement conçus et nés plus tard. Quant aux fils adoptifs, nous avons établi entre eux *une division* qui est exposée dans notre constitution précédente sur les adoptions.

711. *Eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda.* Toutefois, avec cette différence, qui tient à la nature même des choses, que, dans le cas d'omission des enfants existants et ayant droit d'hérédité au moment même de la confection du testament, le testament est nul dès le principe; tandis que, dans le cas d'omission des postumes ou de ceux qui leur sont assimilés, le testament, valable dans le principe, est seulement rompu par leur agnation ou quasi-agnation. Ainsi, dans les deux cas, l'effet est le même, en ce sens que l'infirmation du testament est totale, quel que soit l'enfant omis; mais, dans le premier, il y a nullité dès le principe; dans le second, rupture subséquente.

Certam induximus divisionem. Il s'agit de la distinction entre les deux cas d'adoption : 1° celui où un fils est donné en adoption à un étranger (*extraneo*); par étranger on entend quelqu'un qui n'est point ascendant; 2° celui où il est donné à un ascendant.

Nous savons que, dans le premier cas, l'adopté reste toujours sous la puissance, et par conséquent héritier sien de son père naturel; c'est donc celui-ci qui est obligé de l'instituer ou de l'exhéréder.

Quant au père adoptif, nous savons que l'enfant n'acquiert sur son hérédité que des droits *ab intestat*, pour le cas où il n'y aurait pas de testament; mais, s'il y en a un, il peut impunément y avoir été omis. Le père adoptif n'est obligé ni de l'instituer ni de l'exhéréder. Le droit ancien se trouve donc interverti.

Mais, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de l'adoption par un ascendant, le droit est maintenu tel qu'il était, et il faut appliquer alors ce qui a été dit des enfants adoptifs au paragraphe précédent.

712. En résumé, d'après le droit nouveau de Justinien, les différences qui existaient entre le fils d'un côté et les filles ou petits-fils de l'autre; et, à l'égard des postumes, entre ceux du sexe masculin et ceux du sexe féminin, sont supprimées, tant sous le rapport du mode que sous le rapport des effets de l'exhérédation.

Sous le rapport du mode : l'exhérédation doit être faite nominativement, soit qu'il s'agisse d'un fils, soit d'une fille ou d'un petit-fils, soit d'un postume du sexe masculin ou du sexe féminin. Bien entendu qu'il faut entendre l'exhérédation nominative des postumes dans le sens que nous avons expliqué ci-dessus, n° 701.

Sous le rapport des effets : l'omission entraîne toujours la nullité du testament; celle des filles ou des petits-fils, aussi bien que celle du fils; celle des postumes du sexe féminin aussi bien que celle des postumes mâles. Bien entendu, avec cette différence que, dans ce dernier cas, le testament n'est pas nul dès le principe, il est seulement rompu par la naissance du postume.

Le droit prétorien, à l'égard des enfants émancipés, se trouve confirmé. Justinien, pour les droits d'hérédité des enfants, et par conséquent pour la nécessité de leur exhérédation, n'a égard qu'au lien naturel, et non au lien de puissance. (App. 1, liv. 3.)

Quant aux enfants adoptifs, Justinien introduit un droit nouveau, que nous avons déjà exposé au titre de l'adoption, n°° 138 et suiv.

VI. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed præterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

6. Si, dans un testament fait pendant le cours d'une expédition, un militaire n'a pas exhérédé nominativement ses enfants déjà nés ou postumes, mais qu'il les ait passés sous silence, n'ignorant pas qu'il a des enfants, son silence, aux termes des constitutions impériales, équivaudra à une exhérédation nominative.

713. Le testament militaire n'est pas, à proprement parler, dispensé des règles relatives à l'exhérédation des enfants, mais seulement des formes de cette exhérédation. Ainsi, le militaire n'est pas obligé de déclarer son intention nominativement, ni même expressément; il suffit qu'elle résulte de l'acte, soit qu'il

s'agisse d'enfants déjà nés, soit de postumes : « Et si ignoraverit prægnantem uxorem... hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nasceretur exheredem esse. » Elle peut même résulter de son silence seul, s'il est prouvé qu'il connaissait bien l'existence des enfants ou la grossesse. C'est donc, comme dans tout ce qui concerne les testaments militaires, une question d'intention (1).

VII. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare; sed possunt eos omittere. Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascendentium, tantum facit quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium, filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est; sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris quo præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit : *sed aliud eis adminiculum* servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

7. La mère et l'aïeul maternel ne sont pas obligés d'instituer ou d'exhéréder leurs enfants, mais ils peuvent les passer sous silence; car le silence de la mère ou de l'aïeul et des autres ascendants maternels produit le même effet que l'exhérédation du père. En effet, soit qu'on applique le droit civil, soit cet édit par lequel le préteur accorde aux enfants omis la possession de biens *contra tabulas*, il n'en résulte aucune nécessité pour la mère d'exhéréder son fils ou sa fille, ni pour l'aïeul maternel son petit-fils ou sa petite-fille, qu'ils n'ont pas voulu instituer. Mais il est ménagé à ces enfants *un autre recours* que nous exposerons bientôt.

714. L'origine même du droit d'exhérédation, fondé sur l'existence d'une copropriété de famille et sur la qualité d'héritier sien, avait dû rendre ce droit entièrement étranger à tout ce qui regardait les successions de la mère et des ascendants maternels, dans lesquelles les enfants n'avaient aucune copropriété de famille; et il ne fut étendu à ces successions ni par l'interprétation, ni par le droit prétorien, ni par le droit impérial, bien que les enfants y eussent obtenu graduellement différents droits d'hérédité *ab intestat*.

Aliud adminiculum. Ce recours est celui qui se trouve exposé ci-dessous, au titre XVIII, et qui est ouvert aux enfants contre les testaments dans lesquels ils ont été injustement exhérédés par les ascendants paternels, ou injustement omis par la mère ou par les ascendants maternels.

TITULUS XIV. — TITRE XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS. — DE L'INSTITUTION DES HÉRITIERS.

Après nous être occupé des formes du testament, du testateur et des personnes exhérédées, nous arrivons à ce qui concerne les héritiers, et d'abord leur institution.

Nous aurons à examiner sur ce sujet : 1° ce que c'est que l'institution et comment elle doit être faite; 2° quels sont ceux qui peuvent être institués; 3° comment l'hérédité peut être divisée entre eux; 4° quels sont les modes et les conditions que le testateur peut ou ne peut pas imposer à l'institution. Tel est l'ordre des paragraphes de ce titre.

(1) D. 29. 1. 7. f. Ulp. — 33. § 2. f. Tertull. — 36. § 2. f. Paul.

1° *Ce que c'est que l'institution et comment elle doit être faite.*

715. L'institution est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers. C'était ce que la loi des Douze Tables et le langage du droit primitif entendaient par l'expression générale *legare*, c'est-à-dire *legem testamenti dicere;* mais, par la suite, le mot *legare* prit une signification beaucoup plus restreinte, et ce ne furent plus que les termes *heredem instituere, heredem scribere,* ou autres semblables, qui désignèrent, par opposition, le choix de l'héritier.

716. L'institution d'héritier est comme la tête et le fondement de tout le testament (*veluti caput atque fundamentum totius testamenti*); le testament ne tire son existence et sa force que d'elle (*testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*). En effet, il faut qu'il y ait un continuateur de la personne juridique, avant qu'on puisse rien lui ordonner. C'est l'institution qui distingue le testament de tous les autres actes de dernière volonté : dès qu'il y a une institution, l'acte est un testament et doit être revêtu de toutes les formes requises. S'il n'y a pas d'institution, l'acte n'est pas un testament. Toutes les autres dispositions de dernière volonté ne sont que des accessoires de l'institution, car ce ne sont que des lois imposées à l'héritier. Et si l'institution tombe, de sorte que, soit par refus d'accepter, soit par toute autre cause, il n'y ait aucun héritier en vertu du testament, toutes les autres dispositions qui y étaient contenues tombent également.

Aussi, d'après le droit romain, l'institution devait être placée en tête du testament (*caput testamenti*); toute disposition de legs, d'affranchissement ou autre, mise avant l'institution, était non avenue. On n'avait admis que quelques exceptions : p. ex. pour l'exhérédation, qui, naturellement, pouvait précéder l'institution, afin de lui ouvrir la place (1); et, par bénigne interprétation, pour les tutelles (ci-dess., n° 191). Cette nécessité, résultat inévitable de la nature même des choses lors du testament primitif, fait dans les comices ou par la mancipation, ne paraît plus qu'une subtilité, que Justinien abroge : pourvu que l'institution d'héritier se trouve dans le testament, peu importe du reste sa place, cela suffit (2).

717. L'institution ne pouvait être faite jadis qu'en des termes solennels, termes impératifs, conçus dans le style de la loi (*legis modo;* — *legare,* selon les Douze Tables). « Ante omnia requirendum est, dit Gaius, an institutio heredis solemni more facta sit; » et il ajoute que l'institution solennelle est celle-ci : TITIUS HERES ESTO. Cependant, d'après le même jurisconsulte et d'après Ulpien, on avait déjà approuvé de leur temps ces autres institu-

(1) D. 28. 5. 1. pr. f. Ulp. — Voir un autre exemple dans Gaius, 2. 186. — (2) GAI. 2. 229. — Inst. 2. 20. 34.

tions : TITIUS HERES SIT ; TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO ; mais celles-ci : TITIUM HEREDEM ESSE VOLO ; HEREDEM INSTITUO ; HEREDEM FACIO, étaient généralement réprouvées (1). Constantin II supprima, an 339 de J.-C., la nécessité de ces institutions solennelles ; pourvu que l'intention d'instituer soit bien exprimée, peu importe en quels termes, cela suffit (2).

2° *Quels sont ceux qui peuvent être institués.*

718. Ceux-là, répond Ulpien, qui ont faction de testament avec le testateur (*qui testamenti factionem cum testatore habent*). Il s'agit de la faction de testament prise dans le second sens, par rapport à la capacité d'être institué (ci-dess., n°s 659, 660 et 681).

C'est ici qu'il faut bien faire une distinction dont nous avons eu déjà occasion de parler, entre le droit de concourir à la confection du testament comme *familiæ emptor*, par conséquent d'être institué héritier, et celui de recueillir l'hérédité à laquelle on a été appelé ou les legs dont on a été gratifié (*jus capiendi ex testamento*). — En effet, pour ceux qui, au moment de la confection du testament, n'avaient pas avec le testateur la *factio testamenti*, il ne pouvait pas y avoir d'institution valable ; celle qui aurait été faite de telles personnes serait nulle dans son principe, et quand bien même ces personnes viendraient à acquérir plus tard, avant même la mort du testateur, la *testamenti factio*, la nullité originaire et radicale de l'institution ne disparaîtrait pas. — Au contraire, il était certaines personnes qui pouvaient être valablement instituées héritières ou être gratifiées de legs par testament. Les dispositions testamentaires faites en leur faveur étaient valables dans leur principe : la question, pour elles, était de savoir si au moment où il s'agirait de recueillir le bénéfice de ces dispositions elles seraient capables de prendre ce bénéfice, ou même si, dans les délais qui leur étaient accordés pour cela, elles se mettraient en règle pour pouvoir le faire. Cette dernière sorte d'incapacité, qui s'offre à nous avec un caractère particulier et un peu subtil, n'est pas une création générale et primitive du droit romain ; elle a été introduite par quelques lois spéciales et exceptionnelles, et elle est tombée en désuétude ou en abrogation avec elles.

719. Les *peregrini*, les déportés, les déditices, ne jouissant pas du droit civil, n'avaient pas la *testamenti factio* ; ils ne pouvaient pas être institués héritiers.

Les femmes avaient été frappées, sous la République (an 585 de Rome), par la loi VOCONIA, d'une semblable incapacité d'être instituées héritières, du moins dans de certaines limites. Le vieux

(1) GAI. 2. 116 et 117. — Ulp. Reg. 20. — (2) COD. 6. 23. 15. c. Constant. — Voir ce que nous avons dit, tom. I, *Histoire*, n° 437.

Caton, dans le dialogue où Cicéron le met en scène, discourant sur la vieillesse, se vante d'avoir, malgré ses soixante-cinq ans, soutenu d'une voix puissante et avec de bons poumons, la proposition de cette loi (1). Loi faite, pour ce qui regarde cette prohibition, en vue des grandes fortunes, afin de mettre ces fortunes à l'abri de la séduction des femmes et de les conserver dans les familles riches. Gaius nous apprend que cette disposition de la loi ne s'appliquait qu'aux hérédités de ceux qui étaient inscrits dans la première classe des censitaires, pour une fortune de cent mille as ou plus (2). Les vues de la loi Voconia furent bien étendues, et le but d'empêcher la dispersion des fortunes par les femmes bien autrement atteint par les jurisprudents, lorsqu'ils finirent par frapper, en grande partie, les femmes d'une incapacité de succession même *ab intestat* (3) (ci-dessous, n° 1021).

On ne pouvait pas instituer les personnes incertaines; par exemple, celui qui viendra le premier à mes funérailles. Comme telles étaient considérés et ne pouvaient, en conséquence, être institués : les municipalités et leurs colléges, auxquels les sénatus-consultes avaient cependant permis de pouvoir être institués par leurs affranchis; — les dieux (ce qui doit s'entendre des temples), à l'exception de ceux qu'il avait été permis, par sénatus-consultes ou par constitutions impériales, de prendre pour héritiers : tels étaient Jupiter Tarpéien, Apollon de Didyme, Mars dans la Gaule, et quelques autres énumérés dans Ulpien (4); — les postumes, et en général les personnes non encore nées au moment du testament. Nous avons vu comment on fit exception à la règle en faveur des postumes siens, de telle sorte qu'elle ne s'appliqua plus qu'aux postumes étrangers (5).

719 *bis*. Parmi ceux qui, bien que pouvant être valablement institués ou gratifiés de legs, étaient privés en totalité ou partiellement du *jus capiendi ex testamento,* se trouvaient : — Les Latins Juniens, en vertu de la loi JUNIA NORBANA, si à la mort du testateur, ou dans le délai pour faire l'adition solennelle

---

(1) « Quum ego quidem V et LX annos natus legem Voconiam magna voce et bonis lateribus suasissem » (CICER. *De senect.* § 5). — (2) « Item mulier, quæ ab eo qui centum millia æris census est, per legem Voconiam heres institui non potest » (GAI. 2. § 274). — La loi Voconia contenait, entre autres dispositions, un certain chef relatif aux legs, dont nous parlerons ci-dessous, n° 940, lequel n'était déjà plus en vigueur du temps de Gaius et d'Aulu-Gelle. AULU-GELLE, liv. 20, ch. 1, semble cependant appliquer ce fait de désuétude à la partie de la loi concernant l'institution des femmes, mais on peut conjecturer par ce qu'en dit Gaius, son contemporain, qu'il y a eu en cela de sa part ou confusion ou trop grande généralisation. Voir, sur la loi Voconia, le mémoire lu à l'Institut par notre collègue et ami M. GIRAUD. — (3) PAUL. *Sent.* 4. 8. 22. — (4) « .... Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensim quæ Smyrnæ colitur, et cœlestem Salinensem Carthaginis. » ULP. *Reg.* 22. 6. — (5) Voir, sur tous ces détails, ULP. *Reg.* 22. 1 et suiv. — G. 2. 285 et suiv.

nommée *crétion*, c'est-à-dire avant le centième jour, ils n'étaient pas devenus citoyens romains (*Hist.*, n°° 187 et ci-dess. 659, en note); — Les célibataires (*cœlibes*), en vertu de la loi JULIA (ci-dess., *Hist.*, n°° 369 et suiv.). Ce mot ne s'entendait pas dans le sens qu'il a pour nous aujourd'hui; il désignait quiconque n'était pas marié, fût-il veuf ou veuve ou divorcé : d'où la nécessité pour avoir le *jus capiendi*, après la dissolution de son mariage, d'en contracter immédiatement un second; les femmes étaient même les seules qui eussent un certain délai de *vacatio* pour cela. Il fallait de plus que le mariage n'eût pas été contracté en contravention avec les injonctions ou prohibitions nouvelles que contenait à ce sujet la loi JULIA, et que nous trouvons énumérées dans un titre des Règles d'Ulpien (tit. 16), malheureusement perdu en partie. Le même délai de cent jours, à partir de la mort du testateur, et d'après la loi PAPIA à partir de l'ouverture du testament, existait pour se mettre en règle au sujet du célibat; — Les *orbi*, c'est-à-dire ceux qui étant mariés n'avaient pas au moins un enfant légitime vivant. Il ne suffisait pas d'en avoir eu, il fallait en avoir au moins un vivant encore à l'époque voulue pour le *jus capiendi*. L'enfant adoptif, d'abord compté, fut ensuite exclu par un sénatus-consulte dont nous parle Tacite (*Ann.*, 15, § 19). Le mariage d'où l'enfant était issu devait être conforme aux prescriptions des lois Julia et Papia (*secundum legem Juliam Papiamve quæsitus*). La loi PAPIA POPPÆA n'avait frappé les *orbi* que partiellement : ils avaient le droit de prendre la moitié des libéralités testamentaires qui leur étaient faites; les textes ne nous disent pas si le même délai de cent jours existait à leur égard, mais l'affirmative est probable. Il est à noter que par suite des idées romaines sur la constitution de la famille et sur la paternité, cette aptitude au *jus capiendi* complet, à raison de l'existence d'un enfant légitime, ne regarde que le père. Pour la femme, il faut chercher d'autres idées : légitime ou non, ce sera la fécondité qu'on récompensera en elle : si elle compte trois accouchements, quant à l'ingénue; quatre, quant à l'affranchie (*ter quaterve enixa*), elle aura le *jus liberorum* (ci-dessous, n°° 1056 et 1064); alors, suivant les conjectures qu'on est autorisé à faire, elle aura le *jus capiendi ex testamento* pour le tout. Sinon, elle ne l'aura : célibataire, en aucune façon; mariée, que pour moitié; encore faut-il combiner ce *jus capiendi* avec les dispositions de la loi Voconia qui lui avait retiré en certaine hypothèse la *testamenti factio* quant aux institutions d'hérédité, suivant ce que nous venons d'expliquer au paragraphe précédent. — Une rubrique d'Ulpien nous parle d'un *solitarius pater;* on conjecture que c'était celui qui ayant des enfants légitimes était resté veuf : en règle quant à la loi PAPIA sous le rapport des enfants, il ne l'était pas quant à la loi JULIA sous le rapport du mariage; mais la lacune du texte nous a laissés ignorants des

dispositions de la loi à leur égard (1). — Nous savons que plusieurs personnes, soit à raison de leur âge qui ne leur permettait pas d'être encore mariées ou d'avoir des enfants, soit à raison des liens de parenté ou d'alliance qui les unissaient au testateur, étaient exceptées des dispositions des lois JULIA et PAPIA, et gardaient le *jus capiendi*, d'une manière générale dans le premier cas, par rapport au testateur leur cognat ou allié dans le second (ci-dess., *Hist.*, n°s 369 et suiv.). — Une phrase de Suétone nous apprend que Domitien avait retiré le *jus capiendi* aux femmes de mauvaise vie (*probrosis feminis*), probablement quelle que fût leur situation par rapport aux lois JULIA et PAPIA, et par la raison seule de leur infamie; interdiction qui, suivant un rescrit d'Adrien, n'aurait pas même été levée par les priviléges du testament militaire (2).

720. Sous Justinien, la distinction entre la *testamenti factio* et le *jus capiendi* n'existe plus; il n'est plus question ni de déditices, ni de Latins Juniens, ni de *cœlibes*, ni de *orbi*, ni de Jupiter Tarpéien, ni des autres dieux du paganisme. La loi VOCONIA a disparu, et la capacité d'être instituées ou gratifiées de legs est revenue aux femmes. Justinien permet même d'instituer les personnes incertaines, pourvu qu'elles aient été suffisamment en vue dans la pensée du testateur, ainsi que nous l'expliquerons ci-dessous, tit. XX, § 25. A ce titre les municipalités, leurs colléges et les autres corporations légalement établies, peuvent être institués héritiers, de même que tous les postumes, sans distinction. L'institution d'une église pour héritière, depuis Constantin, était valable; que le testateur ait institué Dieu ou Jésus-Christ, ce sera, suivant une constitution de Justinien, l'église du lieu du domicile du testateur qui sera censée instituée (3).

Mais il existe d'autres causes d'incapacité de recevoir par testament. Ainsi, outre les *peregrini* et les déportés, sont encore privés complétement de la faction de testament les fils des condamnés pour crime de lèse-majesté (*filii perduellium*) (4), les apostats et les hérétiques (5). — D'un autre côté, sont frappés d'incapacité relative les enfants incestueux et leurs père ou mère, qui ne peuvent

---

(1) « (*Latinus Junianus*), siquidem mortis tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest. Quod si Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. Idem juris est in persone *cœlibis*, propter legem Juliam » (ULP. *Reg.* 12. § 3). — Cælibes quoque, qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur... Idem orbi, qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt... » (GAI. 2. § 286.) — ULP. *Reg.* tit. 13, *De cœlibe, orbo et solitario patre.* — (2) « Probrosis feminis lecticæ usum ademit, jusque capiendi legata hereditatesque » (SUÉTON. *Domitien*, § 8). — « Mulier in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus Hadrianus rescripsit... » (D. 29. 1. *De test. mil.*, 41. § 1. f. Tryphon.) — (3) COD. 1. 2. *De sacrosanctis ecclesiis*, 1. Constant. — *Ibid.* 26, pr. Justinian. — (4) C. 9. 8. 5. § 1. — (5) C. 1. 7. 3. — 1. 5. 4. § 2.

respectivement s'instituer (1); et d'une incapacité à la fois relative et partielle, le second conjoint en cas de secondes noces, lorsqu'il existe des enfants du premier lit (2); et les enfants naturels, lorsqu'il y a des enfants légitimes (3). A part ces divers cas, on peut dire que tous les Romains, et leurs esclaves pour eux, ont faction de testament.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et *tam proprios quam alienos*. Proprios autem servos, olim quidem secundum plurium sententias, *non aliter quam cum libertate* recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert. *Proprius autem servus etiam is intelligitur,* in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est autem casus in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : « *Servum adulterio maculatum,* non » jure testamento manumissum ante » sententiam ab ea muliere videri, quæ » rea fuerat ejusdem criminis postulata, » rationis est. Quare sequitur, ut in » eumdem a domina collata heredis » institutio nullius momenti habeatur. » *Alienus servus etiam is intelligitur,* in quo usumfructum testator habet.

Il est permis d'instituer héritiers les hommes libres comme les esclaves, et parmi ceux-ci *les siens comme ceux d'autrui*. Quant aux siens, autrefois, suivant l'avis du plus grand nombre, on ne pouvait les instituer régulièrement *qu'avec affranchissement ;* mais aujourd'hui, d'après notre constitution, on peut les instituer héritiers, même sans exprimer qu'on les affranchit. Ce qui n'est pas une innovation de notre part; car Paul, dans ses livres à Massurius Sabinus et à Plautius, rapporte que tel était l'avis d'Atilicinus, et nous l'avons suivi comme le plus équitable. Du reste, *par son esclave propre on comprend même celui* dont le testateur n'a que la nue propriété, un autre ayant l'usufruit. Il est cependant un cas où l'institution d'un esclave par sa maîtresse, même avec affranchissement, est inutile, aux termes d'une constitution des empereurs Sévère et Antonin, ainsi conçue : « La raison commande *qu'un esclave prévenu* » *d'adultère* ne puisse, avant la sen» tence, être valablement affranchi par » le testament de celle qui est accusée » comme sa complice. D'où il suit que » l'institution d'héritier faite en sa fa» veur par sa maîtresse doit être de » nul effet. » Par esclave d'autrui, on comprend même celui dont le testateur a l'usufruit.

721. *Tam proprios quam alienos*. Il faut bien distinguer ces deux cas : l'institution des propres esclaves du testateur et celle des esclaves d'autrui. Nous en développerons les conséquences dans le paragraphe suivant.

Mais, dans aucun de ces deux cas, l'esclave n'était institué pour lui-même, en tant qu'esclave. Dans le premier, il ne l'était qu'avec affranchissement, comme devant devenir libre à la mort du testateur; dans le second, que du chef de son maître, et seulement si l'on avait faction de testament avec son maître : « Alienos servos heredes instituere possumus, dit Ulpien, eos tamen quorum cum

(1) C. 5. 5. 6. — (2) C. 5. 9. 6. — (3) C. 5. 27. 2.

dominis testamenti factionem habemus (1). » Ainsi l'esclave d'un *peregrinus* n'eût pas pu être institué.

Non aliter quam cum libertate. Nous avons déjà parlé du dissentiment des anciens jurisconsultes à cet égard, et de la décision de Justinien, d'après laquelle l'affranchissement testamentaire résulte suffisamment et nécessairement de l'institution de l'esclave par son maître, sans qu'il soit indispensable de l'exprimer (n° 74).

Servum adulterio maculatum. Tant que l'accusation d'adultère portée contre une femme de complicité avec son propre esclave n'avait pas été purgée par une sentence d'absolution, cette femme, même venant à mourir avant le jugement (*ante sententiam*), ne pouvait valablement affranchir par son testament son esclave coaccusé : l'esclave accusé pouvait être soumis à la torture; or, l'affranchissement l'y aurait fait échapper (2). Elle ne pouvait donc pas non plus l'instituer héritier; car l'esclave n'est valablement institué par son maître qu'autant qu'il est affranchi par lui.

Proprius autem servus etiam is intelligitur. — *Alienus servus etiam is intelligitur.* Ce sont deux cas inverses. L'usufruit étant un droit sur la chose d'autrui, il en résulte que l'esclave est, par rapport au nu propriétaire, son propre esclave; par rapport à l'usufruitier, l'esclave d'autrui. D'où la conséquence que, si cet esclave est institué héritier par le nu propriétaire ou par l'usufruitier, il faudra appliquer, dans le premier cas, les règles de l'institution des esclaves propres au testateur; et, dans le second, celles de l'institution des esclaves étrangers. — Dans l'ancien droit, l'affranchissement par le nu propriétaire seul ne donnait pas la liberté : « A proprietatis domino manumissus, liber non fit, dit Ulpien, sed servus sine domino est (3). » Justinien modifia ce droit : l'esclave devient libre et affranchi du nu propriétaire; mais il continue à servir de fait l'usufruitier jusqu'à la fin de l'usufruit; il acquiert pour lui-même; en conséquence, c'est lui qui profite de l'institution que le testament du nu propriétaire lui a laissée avec la liberté (4).

1. Servus autem a domino suo heres institutus, *si quidem in eadem causa manserit*, fit ex testamento liber heresque necessarius. *Si vero a vivo testatore manumissus fuerit*, suo arbitrio adire hereditatem potest : quia non fit heres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus, neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres insti-

1. L'esclave institué héritier par son maître, *s'il est resté dans la même condition*, devient, en vertu du testament, libre et héritier nécessaire. Si, au contraire, *il a été affranchi par le testateur de son vivant*, il peut à son gré faire adition d'hérédité, car il n'est pas héritier nécessaire, puisque la liberté et l'hérédité ne lui sont pas acquises l'une et l'autre par le testament de son maître. S'il a été aliéné, il doit faire l'adition d'après l'ordre de son nouveau maître qui, par lui, devient aussi héritier. En

(1) Ulp. Reg. 22. 9. — (2) Dig. 28. 5. 48. § 2. f. Marcian. — 31. f. 76. § 4. Papin. — (3) Ulp. Reg. 1. 19. — (4) C. 7. 15. 1.

tutus fuerit : *destitisse enim a libertatis datione videtur* dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, *antequam adeat*, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.

effet, pour lui, une fois aliéné, il ne peut devenir ni libre, ni héritier, quand bien même il aurait été institué avec affranchissement, car le maître, par l'aliénation qu'il en a faite, a montré *qu'il se départait du don de la liberté*. L'esclave d'autrui institué héritier, s'il est resté dans la même condition, doit aussi faire l'adition d'hérédité par ordre de son maître. Mais s'il a été aliéné par lui, soit du vivant du testateur, soit après sa mort, *mais avant l'adition*, il ne devra faire cette adition que par ordre de son nouveau maître. S'il a été affranchi du vivant du testateur ou depuis sa mort, mais avant l'adition, il pourra faire cette adition à son gré.

722. Avant d'examiner en détail les dispositions de ce paragraphe, il faut se rappeler ce que nous avons déjà dit ci-dessus, n° 620, qu'en cas d'institution d'un esclave, l'espérance de l'hérédité repose sur la tête de cet esclave, et le suit dans ses diverses conditions, jusqu'à ce que le droit soit définitivement acquis. De telle sorte que si, avant cette acquisition, l'esclave passe de maître en maître, l'institution, selon l'expression énergique d'Ulpien, se promène avec le domaine (*ambulat cum dominio*); si l'esclave devient libre, elle est pour lui; s'il meurt, elle s'évanouit.

Cela posé, le premier cas dont nous ayons à nous occuper avec le texte est celui de l'esclave institué par son maître. Il faut distinguer à cet égard deux situations bien différentes : 1° si l'esclave est resté dans la même condition, c'est-à-dire au pouvoir du testateur; 2° s'il en est sorti, soit par affranchissement, soit par aliénation, avant sa mort.

Si quidem in eadem causa manserit. Tant que l'esclave reste dans la même condition, au pouvoir du testateur, il ne se trouve institué qu'en tant qu'il est affranchi; l'hérédité ne peut lui arriver que parce que la liberté doit lui arriver en même temps; la validité de son institution dépend donc essentiellement de celle de l'affranchissement exprès ou tacite qui se trouve dans le même testament. Si donc l'affranchissement est nul, soit comme fait en fraude des créanciers, soit pour le motif particulier indiqué au paragraphe précédent, soit pour tout autre, l'institution l'est aussi; et comme cette nullité existe dès le principe, l'institution ne produit aucun effet, quand même l'esclave viendrait postérieurement à changer de condition. De même, si l'affranchissement n'a été fait que sous condition, et que cette condition vienne à défaillir pendant que l'esclave est toujours au pouvoir du testateur, l'affranchissement se trouvant évanoui, l'institution s'évanouira aussi et ne revivra plus, quand même l'esclave changerait plus tard de condition (1).

(1) D. 28. 5. 38. § 3. f. Julian.

Mais si l'affranchissement est valable et se maintient, l'esclave, dès la mort du testateur ou dès l'accomplissement de la condition, s'il y en a une non accomplie à l'époque du décès, devient à la fois et de plein droit libre et héritier nécessaire. Remarquons bien que, dans ce cas, il n'est besoin d'aucune acceptation ou adition pour que l'hérédité soit acquise, elle l'est immédiatement et forcément (n° 73).

Si vero a vivo testatore manumissus fuerit. Si l'esclave institué par son maître change de condition et sort de ses mains avant sa mort, soit par affranchissement entre-vifs, soit par aliénation, la nature de son institution se trouve intervertie et devient en tous points, à partir de ce moment, ce qu'elle est dans le cas de l'esclave d'autrui. De là deux conséquences : 1° l'institution de l'esclave ne dépend plus de son affranchissement testamentaire : peu importerait donc, à partir de ce moment, que cet affranchissement n'eût été fait dans le testament que sous condition, et même que la condition vînt à défaillir : l'institution n'en resterait pas moins valable (1) ; 2° l'hérédité ne sera plus acquise de plein droit et nécessairement à la mort du testateur, mais seulement au moment de l'adition et par l'adition, savoir : au maître de l'esclave par l'ordre duquel il fera adition, si l'institué est encore esclave à cette époque; et à l'institué lui-même, s'il est devenu affranchi.

Destitisse enim a libertatis datione videtur. Comment se fait-il que le changement de volonté qu'indique l'aliénation de l'esclave suffise pour révoquer l'affranchissement testamentaire et ne révoque pas l'institution? C'est que l'affranchissement testamentaire, le don de la liberté par testament, n'est qu'une sorte de legs; or, le changement de volonté, même tacite, suffit, comme nous le verrons plus tard, pour révoquer les legs; tandis que les institutions ne peuvent se révoquer, si ce n'est formellement, par un testament postérieur.

Antequam adeat. Hors le cas où l'esclave est héritier sien et nécessaire, c'est toujours l'adition qu'il faut considérer pour savoir à qui l'hérédité est acquise, puisque c'est par elle seule et à ce moment seulement que l'acquisition a lieu.

II. Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et *cum hereditariis servis est testamenti factio.* Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti : cum etiam *ejus qui in utero est, servus* recte heres instituitur.

2. L'esclave d'autrui peut être valablement institué héritier, même après la mort de son maître, parce que la *faction de testament existe avec les esclaves d'une hérédité.* En effet, l'hérédité dont on n'a pas fait adition représente, non pas le futur héritier, mais le défunt; aussi peut-on instituer héritier l'esclave *d'un enfant qui n'est encore que conçu.*

723. *Cum hereditariis servis est testamenti factio.* Si toutefois on avait faction de testament avec le défunt, parce que, selon

(1) D. 28. 5. 38. § 2. f. Julian.

ce que nous avons déjà dit n° 645, tant que l'hérédité n'est pas acquise, elle continue et représente la personne juridique du défunt.

Ejus qui in utero est, servus. C'est-à-dire l'esclave de l'hérédité à laquelle un enfant conçu est appelé : c'est un exemple que donne notre texte; ainsi, ce ne sera pas du chef de l'enfant conçu, futur héritier, que cet esclave sera institué, mais bien du chef du défunt, toujours représenté par l'hérédité jusqu'à la naissance de l'enfant et à l'acquisition de cette hérédité.

III. Servus plurimum, cum quibus testamenti factio est, *ab extraneo* institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.

3. L'esclave de plusieurs maîtres ayant faction de testament, s'il est institué héritier *par un étranger*, acquiert l'hérédité à chacun de ses maîtres par l'ordre desquels il a fait adition, en proportion de leurs droits de propriété sur lui.

724. C'est une conséquence du principe général que nous avons posé n° 625 sur l'acquisition par les esclaves communs.

Ab extraneo. Mais s'il était institué par un des maîtres seulement, que décider? Il faut distinguer : 1° si, par le même testament, ce maître l'a affranchi *expressément* et institué, alors c'est pour le rendre libre et héritier sien et nécessaire; il faut appliquer la nouvelle décision de Justinien, exposée ci-dessus, n° 590, relativement à l'affranchissement des esclaves communs. L'esclave sera libre, héritier sien et nécessaire du défunt, et les autres copropriétaires seront indemnisés par lui; 2° si, au contraire, le maître l'a institué sans l'affranchir expressément, ou sans que ses dispositions indiquent cette volonté de sa part, alors on peut dire qu'il l'a institué du chef de ses autres maîtres, comme esclave d'autrui; en conséquence, l'hérédité reviendra proportionnellement aux copropriétaires qui lui feront faire adition. Du reste, ce point paraît devoir être, d'après la législation de Justinien, une question d'intention du testateur : a-t-il voulu l'affranchir, a-t-il voulu instituer en lui ses copropriétaires? et la présomption est pour l'affranchissement.

Telles sont en résumé les règles sur la faction de testament, quant à la capacité d'être institué. Nous verrons ci-dessous, au § 4 du titre XIX, à quelles époques cette capacité doit exister chez les héritiers.

3° *Comment l'hérédité peut être divisée.*

725. Le principe général qui doit dominer ici la matière, c'est que, sauf les priviléges militaires, le testateur ne peut pas mourir partie testat, partie intestat. L'institution de ses héritiers, soit qu'il en nomme un seul, soit qu'il en nomme plusieurs, doit donc comprendre forcément toute son hérédité, aucune partie ne peut rester en dehors. A un tel point que, si le testateur instituant, par exemple, un seul héritier, ne l'a institué que pour une partie

e sa succession : pour un tiers, pour un quart, ou même pour un objet déterminé (*ex re certa*), comme pour les biens qu'il a dans telle province, pour telle hérédité à lui échue, pour tel fonds de terre, l'institution vaudra pour toute l'hérédité, abstraction faite de ces désignations particulières qui seront non avenues : « *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione* ». — Ce texte dit « *solus institutus* » ; Papinien, dans un autre, « *coherede non dato* » : en effet, si, outre l'institué *ex re certa*, il y en a un autre institué généralement, celui-ci sera seul héritier, et l'institution *ex re certa*, du moins sous Justinien (1), ne vaudra que comme legs. Si plusieurs institués ne le sont chacun que *ex re certa*, ils seront cohéritiers par parties égales, et l'attribution d'un objet déterminé qui leur a été personnellement faite vaudra comme préciput (2).

IV. Et unum hominem, et plures in infinitum, quot quis velit heredes facere, licet.	**4.** On peut instituer un seul héritier ou plusieurs, en tel nombre qu'on veut, jusqu'à l'infini.

726. Mais à eux tous il faut qu'ils aient toute l'hérédité, et rien que l'hérédité : pas de part vacante, pas de part en excédant. Sinon, les institutions seront toutes proportionnellement augmentées ou réduites, de manière à en ramener le total à l'exacte mesure. Voici, dans son ensemble, avant d'en venir au texte, l'exposé des règles à suivre pour cette distribution.

727. Si le testateur a institué plusieurs héritiers, en déclarant que c'est par parties égales (*ex æquis partibus*), ou, ce qui revient au même, sans aucune déclaration, alors nulle difficulté : l'hérédité sera également divisée entre eux : on fera autant de parts qu'ils seront d'héritiers.

728. Mais le testateur peut vouloir les traiter inégalement. L'idée la plus naturelle, c'est de leur assigner à chacun quelque fraction de l'hérédité : par exemple, en cas d'institution de trois héritiers, à l'un un quart, à l'autre une moitié, et au troisième le quart restant. Dans cet exemple et autres semblables, on voit facilement qu'un quart, une moitié et un quart faisant un entier, le testateur a distribué toute son hérédité, ni plus ni moins. Mais, s'il avait assigné des fractions différentes par leur dénominateur, par exemple à l'un un tiers, à l'autre un quart, à celui-ci un cinquième, à cet autre deux septièmes, il arriverait à la fois : 1° que rarement ces fractions de diverse nature formeraient par leur total un entier exact, c'est-à-dire l'hérédité, mais que presque toujours, au contraire, elles vaudraient plus ou moins; 2° qu'il faudrait une opération mathématique pour reconnaître si elles égalent

(1) C. 6. 24. 13. — (2) D. 28. 5. *De hered. instit.*, 1. § 4. f. Ulp., et 28. 6. *De vulg. subst.*, 41. § 8. f. Papin. — V. à ce sujet : *De la règle Nemo parte intestatus*, etc., par notre collègue et ami M. Massol, 1867; et dans les *Textes commentés*, par M. Pellat, 1868, *Heredis institutio ex re certa*, p. 323.

l'entier, si elles l'excèdent ou si elles sont moindres, et, dans ces deux derniers cas, pour les réduire ou pour les augmenter chacune proportionnellement, de manière à faire toute l'hérédité et rien que l'hérédité; 3° que le testateur lui-même ne se rendrait pas bien compte de ses dispositions, et qu'il se trouverait d'ailleurs embarrassé par ces diverses considérations à observer.

729. Les Romains avaient trouvé un système ingénieux qui permettait au testateur d'assigner autant de parts qu'il voulait à autant d'héritiers qu'il lui plaisait, d'en augmenter ou d'en diminuer le nombre, sans s'inquiéter de la valeur totale, qui, en définitive, devait toujours se trouver équivalente à l'hérédité entière, sans plus ni moins. Ce système consistait à attribuer à chaque héritier, quel que fût leur nombre, une quotité quelconque de parts, au gré du testateur : par exemple, à Titius trois parts, à Cornelius cinq, à Stichus deux, à Gaius quatre (et ainsi de suite, soit qu'il y eût deux, trois, cinq héritiers ou davantage), sans désigner pour aucun d'eux la valeur de ces parts. Pour connaître cette valeur lors du partage de l'hérédité, il suffisait de faire le total du nombre de parts distribuées dans le testament, et s'il y en avait en totalité quatorze, comme dans notre exemple, ou dix, ou quinze, ou tout autre nombre, chaque part valait alors un quatorzième, un dixième, un quinzième ou toute autre fraction correspondante de l'hérédité, qui, de cette manière, ne pouvait se trouver ni excédée ni vacante pour partie.

Le testateur était parfaitement libre à cet égard; il pouvait distribuer deux, trois, quatre, cinq parts ou davantage, et la valeur de chaque part était toujours déterminée par le nombre total de ces parts. Cependant un usage tiré du système de mesures des Romains faisait communément distribuer douze parts, et par conséquent diviser l'hérédité en douzièmes. En effet, on considérait l'hérédité, par forme de comparaison, comme un *as*, c'est-à-dire comme un entier, comme une unité quelconque, à peser et à distribuer par poids entre les héritiers. La distribution des parts entre les héritiers était, pour ainsi dire, une pesée à faire (*pondius*) de l'hérédité. Or, comme l'unité de poids se composait chez les Romains de douze onces, on était censé peser, partager l'hérédité par onces : à celui-ci deux, à celui-là quatre, cinq, jusqu'à concurrence de douze ordinairement; et chaque once (*uncia*) valait alors un douzième.

730. Ceci n'était qu'un usage et non pas une loi, car c'était toujours la volonté du testateur, et la distribution faite par lui, qui déterminait s'il devait y avoir cinq, sept, douze, quinze onces ou tout autre nombre dans son hérédité, et si, par conséquent, chaque once devait valoir un cinquième, un septième, un douzième, un quinzième ou toute autre fraction héréditaire.

731. Mais il était des cas où la division commune par douze onces était nécessairement présumée, et devenait ainsi une division

légale. En effet, tant que le testateur aura assigné à chacun des héritiers un nombre de parts quelconque, il n'y aura aucune difficulté : le total des parts distribuées indiquera la division héréditaire que le testateur a voulue. Mais que décider si, faisant cette assignation pour les uns, il a laissé les autres sans part déterminée? Par exemple, que Gaius, Valérius et Sempronius soient héritiers, Gaius pour trois onces et Valérius pour deux, évidemment on ne peut pas dire ici que l'hérédité n'aura que cinq onces, car Gaius et Valérius auraient bien leur part, mais Sempronius n'en aurait aucune, et cependant il est héritier. Dans ce cas, le testateur sera légalement présumé avoir suivi la division commune, la division de l'*as* héréditaire par douze onces : Gaius et Valérius prendront le nombre d'onces qui leur a été assigné, l'un trois et l'autre deux, et le surplus des douze onces, c'est-à-dire, dans l'espèce, les sept restantes, reviendront à Sempronius; ou, s'il y avait plus d'un héritier sans part, à tous ces héritiers également. Telle sera ici la distribution, la pesée de l'hérédité; et, en effet, d'après les usages des Romains, l'intention du testateur n'a pas été autre.

732. Mais si le total des onces assignées par le testateur égale ou surpasse déjà la division commune de l'as, c'est-à-dire si ce total est déjà de douze ou davantage, que faire? Par exemple, que Gaius, Valérius et Sempronius soient héritiers, Gaius pour huit onces et Valérius pour quatre, ou bien Gaius pour dix onces et Valérius pour six, le testateur ayant déjà distribué douze onces, dans le premier cas, et même seize dans le second, que restera-t-il à Sempronius? Alors le testateur sera censé, au lieu de faire une seule pesée de son hérédité, en avoir fait deux, composées chacune de douze onces, suivant la division commune. Ce sera comme s'il avait séparé d'abord son hérédité en deux as, pour peser et distribuer ensuite successivement chacun d'eux par douze onces aux héritiers institués, ce qui fera pour toute l'hérédité vingt-quatre onces, et chaque once ne vaudra qu'un vingt-quatrième. Ainsi, dans l'exemple cité, la première pesée de douze onces étant épuisée ou même dépassée par Gaius et par Valérius, il reviendra à Sempronius la seconde pesée tout entière ou le restant de cette seconde pesée, c'est-à-dire douze onces, si Gaius et Valérius en ont déjà douze à eux deux, ou huit seulement s'ils en ont seize. C'était là ce que les Romains appelaient une double pesée (*dupondius*).

Continuant ce système, il y aurait de même pour l'hérédité entière une triple pesée (*tripondius*), chacune d'un as ou douze onces, en tout trente-six onces; ou bien une quadruple pesée, en tout quarante-huit onces; et ainsi de suite, s'il arrivait que le testateur, ayant déjà distribué ou excédé vingt-quatre, trente-six onces, eût néanmoins laissé quelque héritier sans part.

733. En somme, l'hérédité se divise toujours en autant de parts égales qu'en a distribué le testateur; mais, s'il a laissé un ou plusieurs héritiers sans parts, c'est alors seulement qu'il est censé

nécessairement avoir suivi la division commune, la division légale de l'as en douze onces, par simple, double ou triple pesée, selon qu'il en est besoin pour fixer la part de ceux qui n'en ont pas.

V. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina, ab uncia usque ad assem, ut puta hæc : *uncia*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*, *as*. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet : nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit; et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

5. L'hérédité se divise le plus souvent en douze onces, comprises ensemble sous le nom d'as. Ces diverses parties ont chacune leur nom propre, depuis l'once jusqu'à l'as, savoir : *once*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*. Cependant il n'est pas nécessaire qu'il y ait toujours douze onces; car autant d'onces que veut le testateur forment un as; s'il a institué un seul héritier pour six onces, par exemple, ces six onces feront un as entier, parce que la même personne ne peut décéder partie testat, partie intestat, à moins qu'il ne s'agisse d'un militaire, dont on considère uniquement la volonté en fait de testament. En sens inverse on peut diviser son hérédité en autant d'onces qu'on le veut.

Sextans, un sixième de l'as, ou deux onces; — *quadrans*, un quart, ou trois onces; — *triens*, un tiers, ou quatre onces; — *quincunx*, cinq onces; — *semis*, la moitié, ou six onces; — *septunx*, sept onces; — *bes* (contraction de *bis-triens*), deux tiers, ou huit onces; — *dodrans* (contraction de *de* privatif et de *quadrans*), l'as moins un quart, c'est-à-dire trois quarts, ou neuf onces; — *dextans* (contraction de *de* privatif et de *sextans*), l'as moins un sixième, c'est-à-dire cinq sixièmes, ou dix onces; — *deunx* (contraction de *de* privatif et de *uncia*), l'as moins une once, c'est-à-dire onze onces.

VI. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, *ex æquis partibus* eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit : et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

6. Lorsque plusieurs héritiers sont institués, le testateur n'a besoin de leur faire une assignation de parts qu'autant qu'il ne veut pas qu'ils soient héritiers par portions égales; car, en ne faisant aucune assignation, il montre suffisamment qu'ils doivent se *partager également* l'hérédité. Mais s'il y a assignation de parts pour quelques-uns, et qu'un autre soit institué sans part désignée, ce dernier, s'il reste quelques parties de l'as, sera héritier pour cette part; de même, s'il y a plusieurs héritiers inscrits sans aucune fixation de parts, ils viendront tous en concours sur la partie restante de l'as. Mais si l'as tout entier a été distribué, ceux qui ont des parts marquées se partageront une moitié de l'hérédité; et celui ou ceux qui n'ont pas de parts fixées prendront l'autre

moitié. Et peu importe dans quel rang est écrit l'héritier sans part; qu'il soit le premier, le second ou le dernier, c'est toujours la part vacante qui est censée lui avoir été attribuée.

734. *Ex æquis partibus eos heredes esse.* On fera, avons-nous dit ci-dessus (n° 729), autant de parts égales qu'il y aura d'héritiers; ajoutons toutefois que si plusieurs ont été institués conjointement, c'est-à-dire ensemble, de manière à ne former pour l'hérédité qu'une seule personne collective, ils ne compteront dans le partage que pour un, et ne prendront qu'une part à eux tous : « *Titius heres esto; Seius et Mævius heredes sunto.* » L'avis de Proculus est vrai, dit Celse; on fera deux parts égales de l'hérédité, et l'on en donnera une à Seius et à Mævius conjointement (1).

VII. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere : ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

7. Voyons ce qu'il faut décider lorsqu'une part est vacante et que cependant aucun institué n'est sans part. Par exemple, si trois héritiers ont été institués chacun pour un quart, il est clair que la part vacante doit accroître tacitement à chacun d'eux pour leur part héréditaire, et ils seront considérés comme institués chacun pour un tiers. Si, à l'inverse, on a institué plus d'héritiers qu'il n'y a de parts, l'excédant doit tacitement décroître à chacun proportionnellement : par exemple, si quatre héritiers ont été institués chacun pour un tiers, on les considérera comme institués chacun pour un quart seulement.

VIII. Si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, is qui sine parte institutus est quod dupondio deest habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit : quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

8. Si le testateur a distribué plus de douze onces, celui qui est institué sans part aura ce qui reste pour compléter la double pesée; il en sera de même si cette double pesée a été épuisée; du reste, toutes ces portions sont ramenées définitivement à un seul as, bien qu'elles comprennent plus de douze onces.

4° *Modes et conditions qui peuvent ou ne peuvent être imposés à l'institution.*

IX. Heres et *pure* et *sub conditione* institui potest; *ex certo tempore, aut ad certum tempus,* non potest : veluti, POST QUINQUENNIUM QUAM MORIAR, vel EX CALENDIS ILLIS aut USQUE AD CALENDAS ILLAS HERES ESTO. Denique diem adjectum haberi *pro supervacuo* placet; et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

9. L'institution peut être faite ou *purement,* ou *sous condition;* mais non pas *à partir d'un terme fixe,* ni *jusqu'à un terme fixe;* par exemple, QU'IL SOIT HÉRITIER CINQ ANS APRÈS MA MORT, OU DEPUIS TELLES CALENDES, OU JUSQU'À TELLES CALENDES : on considère la fixation d'un pareil terme comme superflue, et l'héritier comme institué purement et simplement.

(1) D. 28. 5. 59. § 2. — *Ibid.* 11. f. Javolen.

735. *Pure*. Dans ce cas, le droit à l'hérédité s'ouvre pour l'héritier du jour même de la mort du testateur.

Sub conditione. Même dans le testament *per æs et libram*, bien que la vente solennelle ou *mancipatio* ne comportât pas de condition ; mais ce n'était pas dans la *mancipatio* qu'était apposée la condition mise à l'institution d'héritier, c'était sur les tablettes contenant l'indication des volontés du testateur, que celui-ci remettait à l'*emptor familiæ* en lès attestant par sa *nuncupatio* (ci-dess., n° 653). — Ici l'institution dépend de l'accomplissement de la condition. Si cet accomplissement a déjà eu lieu du vivant du testateur, le droit de l'héritier institué, n'étant plus incertain, s'ouvre, comme dans le cas d'une institution pure et simple, du jour même du décès. Mais si, à l'époque de ce décès, la condition n'est pas encore accomplie, le droit de l'héritier institué reste encore douteux et en suspens, et il ne s'ouvre qu'au jour de l'accomplissement de la condition. Ainsi, le jour de l'accomplissement de la condition, dans les institutions conditionnelles, prend la place du jour du décès du testateur dans les institutions pures et simples. Toutes les règles que nous appliquerons, dans ce dernier cas, au jour de la mort du testateur relativement à la capacité de l'héritier, doivent, pour les institutions conditionnelles, être transportées au jour de l'accomplissement de la condition; et si l'institué meurt avant ce jour, comme il meurt avant l'ouverture de son droit, ce droit, ou plutôt cette espérance de droit, s'évanouit entièrement avec lui, de même que si, institué purement et simplement, il était mort avant le décès du testateur

736. Mais lorsque l'accomplissement de la condition a eu lieu, faut-il dire, comme nous le verrons pour les obligations, que cet accomplissement a un effet rétroactif et que le droit de l'héritier conditionnel est censé avoir été ouvert du jour même de la mort du testateur? Nous avons déjà rapporté (ci-dess., n° 645) comment et dans quel sens, d'une très-rare application, Cassius et son école avaient attribué un certain effet rétroactif à l'adition ; mais l'accomplissement de la condition ici n'en a aucun : l'ouverture du droit ne date toujours que de cet accomplissement ; c'est d'après cette ouverture, à cette date, que se règlent les conditions de capacité de l'héritier conditionnel, indépendamment de celles qu'il a dû avoir pour faire adition; enfin c'est l'hérédité et non pas lui qui, jusqu'à ce moment, est censée avoir soutenu la personne du défunt. (Comp. tom. III, n° 1253.)

737. *Ex certo tempore aut ad certum tempus*. La distinction entre la condition qui reçoit son effet (1), et le terme que l'on efface, tient (2) au principe : « Sine dubio heres manebit qui

(1) 29. 2. *De adq. hered.*, 29. f. Ulp. — 50. 17. *De div. reg.* f. Paul. — Il faut supposer une condition suspensive; car la condition résolutoire tendrait à effacer après coup la qualité d'héritier, ce qui est impossible dans les idées des Romains.

(2) Nous suivons ici la doctrine récemment exposée par notre savant collègue,

semel extitit », expressions d'Ulpien; « Non potest efficere ut qui semel heres extitit, desinat heres esse », expressions de Gaius (1) : d'où, brièvement, ce brocard : « *Semel heres, semper heres.* » — On a voulu rattacher cette distinction à la règle établie ci-dessus (nos 647 et 725), suivant laquelle nul, s'il n'est militaire, ne peut mourir partie testat, partie intestat. Or, a-t-on dit, si l'on s'attachait au terme, comme on s'attache à la condition, la règle serait violée quant au temps. Jusqu'à l'expiration du terme, ou bien après l'expiration du terme, l'hérédité testamentaire se trouvant forcément exclue, il y aurait lieu de déférer l'hérédité ab intestat; ce qui violerait la maxime : *nemo partim*... Et ce qui prouverait bien qu'il en est ainsi, c'est un texte de Tryphoninus (2), qui décide le contraire pour le testament militaire, précisément parce que cette maxime est inapplicable à un pareil testament. Lorsqu'on y a fait une institution *ex certo tempore*, jusqu'à l'arrivée du terme, le jurisconsulte décide que la succession sera déférée ab intestat : « *Consequens est ut, antequam dies veniat, intestati hereditas deferatur.* »

738. Mais cette explication est plus spécieuse que satisfaisante. Il n'est pas exact de dire que la validité de l'institution *ex certo tempore* eût eu pour conséquence nécessaire la vocation des héritiers ab intestat jusqu'à l'échéance du terme. On oublie qu'il est de principe que l'hérédité ab intestat n'est déférée qu'à l'époque où il est certain qu'il n'y aura point d'héritiers testamentaires, et au profit des héritiers les plus proches à cette époque (Just., Inst. 3. 1. § 7. *De hered. ab intest.*). La conséquence logique de la validité de l'institution à terme eût donc été simplement, jusqu'à l'échéance du terme, la vacance de l'hérédité. Quel a été donc le motif de la distinction entre la condition et le terme? C'est que, dans la première hypothèse, on a toléré les inconvénients de la vacance intérimaire, par respect pour la volonté du testateur, qui a pu avoir des motifs pour substituer à telle ou telle éventualité la vocation de l'héritier testamentaire; tandis que le simple retard de l'effet de l'institution, lorsqu'elle devait nécessairement aboutir, a été considéré *pro supervacuo*, l'intérêt supérieur de la transmission des *sacra* et du patrimoine actif et passif s'opposant à une prolongation de la vacance sans aucune nécessité. — Quant au texte de Tryphoninus, il n'y a rien à en conclure, le testament militaire étant placé en dehors de toutes les règles du droit commun. La double dévolution de l'hérédité, dans l'espèce, s'explique simplement par la volonté pro-

---

M. Machelard, sur la règle *dies incertus conditionem in testamento facit* (*Revue de lég. franç. et étr.*, ann. 1873).

(1) D. 4. 4. *De minor.*, 7. § 10. f. Ulp. — 28. 5. *De hered. instit.*, 88. f. Gai.

(2) D. 29. 1. *De testam. milit.* 41. f. Tryph.

bable du testateur. C'est par le même motif que les militaires n'étaient pas assujettis à la règle *Semel heres, semper heres;* aussi pouvaient-ils, instituant un héritier, en instituer un autre qui prendrait sa place, soit après un terme, soit sous condition (1).

739. Le texte dit : *ex certo tempore, ad certum tempus :* que faudra-t-il décider du terme incertain ? — Les jurisconsultes romains donnent pour exemples d'un pareil terme : « *Quand il se mariera; quand il sera investi d'une magistrature;* » ce sont là de véritables conditions, car il n'est pas certain qu'il se marie, qu'il devienne magistrat; peu importe que le testateur ait tourné la phrase en *cum* ou en *si*, l'institution est conditionnelle (2); on en dirait tout autant en fait d'obligations. Ce n'est donc pas le point qui doit nous occuper ici. — Mais là où se produit la vraie spécialité du terme incertain, c'est lorsqu'il s'agit de termes dont l'événement est assuré, l'époque seule étant incertaine. Les exemples qu'en donnent les textes se réfèrent presque tous à la mort d'une personne désignée : « *Quand telle personne mourra, jusqu'à ce que telle personne meure;* » il est certain qu'elle mourra, mais quand ? là est l'incertain (3). A cet égard nous trouvons cette maxime romaine qu'énonce Papinien : « *Dies incertus conditionem in testamento facit* » (4). La maxime est générale pour les institutions d'héritier comme pour les legs; Ulpien la reproduit à l'égard de ceux-ci, en disant : « *Dies incertus appellatur conditio* » (5). Que conclure de cette maxime en ce qui concerne les institutions d'héritier ? Qu'on appliquera ici les règles que nous venons d'exposer relativement aux conditions. L'institution *ex incerto tempore,* « Que Titius soit héritier à la mort d'un tel », opérera comme une condition suspensive : on attendra l'événement, l'hérédité restant jacente jusque là. — Sans doute, l'institution même *ex certo tempore,* « Que Titius soit héritier cinq ans après ma mort », peut être conditionnelle, en ce sens que cette institution suppose Titius vivant et capable à l'époque indiquée. Mais alors la condition résulte de la force même des choses, et l'institution n'en sera pas moins considérée comme soumise à un terme, que l'on devra complétement effacer. N'oublions pas, en effet, cette autre maxime de Papinien : « Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia » (6), et les institutions d'héritier pas davantage : autrement toutes les institutions, même pures et simples, deviendraient conditionnelles. Au contraire, si le testateur a dit : Que Titius soit héritier à la mort d'un tel »,

---

(1) D. 29. 1. *De test. mil.*, 15. § 4. f. Ulp. — (2) D. 36. 2. *Quand dies legat. ced.* 21. p. f. Paul, et 22. p. f Pompon. — (3) Nous pourrions ajouter comme exemple : *à la première pluie, à la première gelée*, ou autres semblables.— (4) D. 35. 1. *De condit.*, 75 f. Papin.— (5) D. 30. *De legat.* 1. 30. § 3. f. Ulp. — (6) D. 35. 1. *De condit.*, 99. f. Papin.

les deux chances de la mortalité de l'institué et de la mortalité de la personne désignée se combinent; c'est comme si le testateur avait dit: « Que Titius soit héritier s'il survit à un tel », véritable condition, au pied de la lettre, car celle-ci n'est pas intrinsèque, provenant de la loi seule et tacitement sous-entendue; elle provient bien *ex testamento*, de la volonté du testateur (1).

Cette transformation ou condition du *dies incertus* tient à ce que l'institution est censée faite au profit exclusif de la personne désignée. Dès qu'elle se trouve reportée à un terme dont l'échéance peut être postérieure à la mort de l'institué, elle devient conditionnelle, puisqu'elle ne peut lui profiter qu'autant qu'il aura survécu à l'événement désigné par le testateur: décision qui se comprend facilement pour l'institution d'héritier, l'adition, du moins pour l'héritier externe, impliquant un fait personnel de l'institué, mais qui, nous le verrons (n° 922), se comprend moins pour les legs. — Il en est autrement quand c'est la mort de la personne gratifiée elle-même qui constitue le *dies incertus*. Nous verrons que des textes positifs valident le legs fait *cum legatarius morietur*, la condition se réalisant au dernier moment de sa vie, et par conséquent de son vivant. Il n'y a point de motif pour ne pas appliquer cette décision subtile, mais équitable, à l'institution d'héritier, bien qu'il n'existe sur ce point qu'un texte dont le sens est contesté (2).

Pro supervacuo. Remarquons bien les conséquences: le terme imposé illégalement ne rend pas l'institution nulle, mais il est considéré comme non avénu, et l'institution comme pure et simple; telle est notre disposition finale, et Papinien l'a écrit en ces termes: « Hereditas ex die vel ad diem *non recte datur;* sed, *vitio temporis sublato, manet institutio* (3). » Nous avons vu quelque chose d'analogue pour les institutions *ex re certa;* et voici qui concerne les conditions.

X. *Impossibilis conditio* in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripto habetur.	**10.** *La condition impossible* dans les institutions, les legs, les fidéicommis et les affranchissements, est réputée non écrite.

(1) Nous en dirions autant des stipulations en cas de droits légalement subordonnés à l'existence du stipulant: « Promets-tu de me donner tel usufruit, dans trois ans? » Stipulation à terme; « à la mort d'un tel? » Stipulation conditionnelle. — (2) Voici ce texte: « Extraneum etiam quum [quis] morietur heredem scribi placuit » (C. 6. 24. *De hered. inst.*, 9 c. Diocl.) La plupart des commentateurs ajoutent le mot *quis*, qui ne se trouve dans aucun manuscrit, et appliquent le rescrit de Dioclétien à l'institution subordonnée au décès d'un tiers et par conséquent *ex die incerto.* Mais M. Machelard fait observer que cette institution ne serait point valable pour un héritier sien, et que le texte porte: *extraneum etiam.* Il pense dès lors qu'on doit entendre le texte *prout sonat* et en conclure la validité de l'institution *cum heres morietur:* ce qui est applicable à tout institué. — (3) D. 28. 5. *De hered inst.*, 34. f. Papin.

740. *Impossibilis conditio.* On dit que la condition est impossible, lorsque l'événement lui-même qui la constitue est impossible, étant repoussé par la nature même des choses : « Possibilis est, dit Paul, quæ per rerum naturam admitti potest; impossibilis quæ non potest (1) » : par exemple, s'il touche le ciel avec le doigt, s'il boit toute l'eau du Tibre. En matière d'obligations, une pareille condition aurait entraîné la nullité de l'obligation elle-même, comme nous le verrons par la suite (Inst. 3. 19. 11); mais, en matière de testament, les jurisconsultes avaient été partagés. « Nos précepteurs, nous dit Gaius en parlant des Sabiniens, pensent que le legs fait sous une condition impossible est valable comme si cette condition n'avait pas été apposée; mais les auteurs de l'école opposée (c'est-à-dire les Proculéiens) pensent que le legs est tout aussi nul que le serait une stipulation : en effet, ajoute le jurisconsulte, tout Sabinien qu'il est, c'est à peine si l'on peut donner une raison satisfaisante de la différence (2). » L'opinion des Sabiniens a prévalu pour toutes les dispositions testamentaires; les conditions impossibles y sont considérées comme non écrites : la faveur attachée chez les Romains à ces sortes de dispositions est incontestablement le motif principal de cette décision.

Il en est de même des conditions contraires aux lois ou aux mœurs : « Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptæ nullius sunt momenti, veluti : SI UXOREM NON DUXERIS, SI FILIOS NON SUSCEPERIS, SI HOMICIDIUM FECERIS, SI BARBARO HABITU PROCESSERIS (ce qui est un trait de caractère), *et his similia* (3). » — Il faut ranger à part celles qui constituent ce que les Romains nomment des institutions ou des legs captatoires (*captatoriæ institutiones*), c'est-à-dire faites pour provoquer une libéralité réciproque au profit du testateur. Par exemple : *Quæ ex parte Titius me heredem instituerit, ex ea parte Mævius heres esto.* Un acte du sénat ordonne que de pareilles institutions ou de pareils legs seront entièrement nuls, non avenus, même dans les testaments des militaires (4).

Quant aux règles sur les conditions en elles-mêmes, sur leurs diverses espèces, sur leur accomplissement ou leur défaillance, nous les verrons plus tard, en traitant spécialement des conditions (Inst. 3. 15. 4.).

XI. Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt : siquidem conjunctim, ut puta : SI ILLUD ET ILLUD FACTA ERINT, omnibus parendum est : si separatim, veluti : SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est.

11. Lorsque plusieurs conditions ont été imposées à une institution, si c'est conjointement par exemple : SI TELLE ET TELLE CHOSE SONT FAITES, il faut que toutes soient remplies; si c'est disjointement, par exemple : SI TELLE OU TELLE

(1) PAUL. Sent. 3. 4. 2°. 1. — (2) GAI. 3. 98. « *Et sane, vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* » — (3) PAUL. Sent. 3. 4. 2°. 2. § 2. — (4) DIG. 34. 8. 1. f. Julian. — 30. 1. 64. f. Gai. — 28. 5. 70. f. Papin., et 71. f. Paul. — Cod. 6. 21. 11. const. Philip.

CHOSE EST FAITE, il suffit que l'une ou l'autre indifféremment soit accomplie.

XII. Ii quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinatos, ignorans qui essent, heredes instituerit : ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

12. Le testateur peut instituer héritiers ceux qu'il n'a jamais vus, par exemple les enfants de son frère qui sont nés en pays étranger, et qui lui sont inconnus; en effet cette ignorance du testateur ne vicie pas l'institution.

Des substitutions.

741. A la suite des institutions et des conditions qui peuvent y être apposées, se rangent naturellement les *substitutions*, qui ne sont autre chose que des institutions conditionnelles d'un genre particulier. Le nom de substitution leur vient de *sub-instituere*, instituer au-dessous; *sub-institutio*, institution placée sous une autre. En effet, toute substitution n'est qu'une institution conditionnelle placée secondairement sous une institution principale. On en distinguait de deux sortes : la substitution vulgaire (*vulgaris substitutio*), et la substitution pupillaire (*pupillaris substitutio*), de laquelle Justinien a tiré, par analogie, une troisième espèce nommée par les commentateurs substitution quasi-pupillaire ou exemplaire (1). Toutes les substitutions avaient pour effet de prévenir certaines chances de mourir intestat, en instituant un héritier pour le cas où ces chances se réaliseraient. Voilà pourquoi elles n'étaient que des institutions conditionnelles.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Potest autem quis in testamento suo *plures gradus* heredum facere, ut puta : SI ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO; et deinceps, in quantum velit testator substituere. Potest et novissimo loco in subsidium vel *servum necessarium heredem* instituere.

TITRE XV.

DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE.

On peut dans son testament faire *plusieurs degrés* d'héritiers, par exemple : SI UN TEL N'EST PAS HÉRITIER, QU'UN TEL LE SOIT; et ainsi de suite, en autant de substitutions que voudra le testateur; il peut même au dernier rang, et comme recours subsidiaire, instituer *un de ses esclaves héritier nécessaire.*

742. Telle est la substitution vulgaire, ainsi nommée parce qu'elle est la plus commune, et parce que, dit Théophile, on peut substituer de cette manière à tout le monde. De toutes les substitutions, c'est celle qui a dû se présenter le plus naturellement à l'esprit des testateurs. Son origine doit se confondre, ou à peu près, avec celle des institutions d'héritiers elles-mêmes. En pleine vigueur sous la république, comme on le voit par les écrits de Cicéron (2), son usage devint beaucoup plus fréquent sous les

(1) Le mot de substitution, dans notre droit français, est spécialement employé comme désignant les dispositions avec charge de rendre. Nous verrons ci-dessous qu'en droit romain ces sortes de dispositions, qui rentrent dans la classe des fidéicommis, n'étaient pas classées parmi les substitutions. — (2) CICER. *Brut.* c. 52. — *De or.* 1. 39 et 57.

empereurs, lorsque les lois caducaires, les lois JULIA et PAPIA, dont nous avons parlé (tom. I, *Hist.*, n°s 353 et suiv.), eurent tant multiplié les incapacités de recueillir, parce qu'à cette époque les testateurs, afin de prévenir, autant que possible, les nombreuses causes de caducité qui menaçaient leurs dispositions et qui même, dans certains cas, auraient pu faire tomber leurs biens dans les mains du trésor public (*ærarium*), furent conduits à instituer plusieurs héritiers à défaut les uns des autres (1). D'ailleurs, l'importance que les Romains attachaient à ne pas mourir intestat et cette circonstance que, si l'institution tombait, toutes les autres dispositions tombaient elles-mêmes, suffisaient pour rendre fréquentes chez eux les substitutions vulgaires.

Plures gradus. Les héritiers appelés en première ligne forment le premier degré, ce sont les institués proprement dits; ceux qui sont appelés à défaut des premiers forment le second degré, ce sont les substitués, et ainsi de suite pour le troisième, pour le quatrième degré, etc., s'il y a plusieurs substitutions successives.

Si ille heres non erit. C'est là la condition particulière qui caractérise la substitution vulgaire. Ce genre de disposition n'est donc qu'une institution conditionnelle, pour le cas où les premiers institués ne seraient pas héritiers, soit par refus, soit par incapacité, car la généralité de ces termes *heres non erit* comprend également tous les cas (2).

Servum necessarium heredem. En instituant ainsi, en dernier lieu (*novissimo loco*), son esclave, qui deviendra forcément héritier nécessaire, le testateur se prémunit, en cas que tous les degrés précédents lui manquent, contre le refus de son hérédité de la part de ce dernier degré subsidiaire. Du reste, rien ne l'empêche d'instituer son esclave, non pas en dernier lieu, mais à tel degré qu'il lui plaît, même au premier; seulement, s'il s'agissait d'un testateur insolvable, il faudrait appliquer ce que nous avons dit au sujet de la loi *Ælia Sentia*, n° 73. L'esclave, quel que fût son rang d'institution, ne serait héritier qu'à défaut de tout autre institué ou substitué (*solus et necessarius heres*), comme s'il avait été inscrit après tous les autres, en dernier recours (3).

1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, *vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt*.

1. On peut substituer plusieurs à un seul, et un seul à plusieurs, ou bien tel à tel autre, *ou substituer entre eux les institués eux-mêmes*.

743. *Vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt :* c'est-à-dire

(1) « ... Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca. » (Cod. 6. 51. 1. pr. const. Just.) — (2) Mais que décider si le testateur n'avait exprimé que l'un de ces cas : *Si heredem esse noluerit*, ou réciproquement; l'autre y serait-il sous-entendu? Oui. Argument. D. 28. 2. 29. — 28. 6. 4. pr. — 35. 1. 101. pr. — Cod. 6. 24. 3. — 6. 26. 4. — Voyez pourtant, contre cette opinion, Dig. 28. 2. 10. — (3) D. 28. 5. 57. f. Paul.

que si l'un ou quelques-uns des institués ne sont pas héritiers, les autres leur seront substitués. Ainsi, la part de ceux qui manqueront reviendra proportionnellement à ceux qui seront héritiers (1). Mais remarquons bien qu'elle leur reviendra : non pas à titre d'accroissement, mais à titre de substitution; c'est-à-dire non pas en vertu de leur première institution et comme conséquence forcée de cette institution, mais en vertu de leur seconde institution conditionnelle, *si heres non erit*, qui se sera réalisée; non pas en exécution de leur premier titre d'héritier, mais à titre nouveau et distinct. Il est vrai que s'il n'y avait pas eu de substitution, les parts vacantes leur seraient revenues à chacun proportionnellement par droit d'accroissement; mais entre cet accroissement, dont nous traiterons plus loin d'une manière générale parce qu'il est commun à toutes les hérédités (ci-dessous, n° 1132 et suiv.), et l'acquisition par substitution, il y a de notables différences :

1° L'accroissement est forcé (*deficientium partes etiam invito adcrescunt*); l'acquisition par la substitution est volontaire, car comme c'est une seconde institution distincte de la première, l'héritier n'est pas obligé, parce qu'il a accepté la première, d'accepter aussi la seconde : il peut la répudier ou en faire l'adition (2);

2° L'accroissement a lieu de plein droit, en vertu de la première adition, et se règle, soit pour les conditions de capacité, soit pour l'acquisition, sur l'époque à laquelle se réfère cette première adition; l'acquisition par la substitution n'a lieu que par l'adition qui en est faite, et ne se règle que sur l'époque de cette seconde adition; de telle sorte qu'il peut se faire qu'à cette seconde époque l'acquisition ne soit plus pour la même personne : par exemple, si on suppose un fils de famille ou un esclave, qui dans l'intervalle d'une adition à l'autre ont été émancipés ou affranchis, ils acquerront pour eux-mêmes, en vertu de la substitution, tandis qu'ils ont acquis au père ou au maître en vertu de l'institution (3); ou bien, il peut se faire même que les conditions de capacité n'existant plus pour tel ou pour tel héritier lorsque la substitution s'ouvre, l'adition ne puisse pas en être faite par lui. Telle est l'hypothèse traitée ci-dessous, n° 1069, dans laquelle on voit que la mort de celui qui a fait adition n'empêche pas l'accroissement survenu plus tard de s'opérer : ses héritiers en profiteront; ce qui n'aurait pas lieu s'il s'agissait d'une substitution (4).

3° Enfin, toujours par des raisons semblables, l'ancienne règle du droit romain a été longtemps que l'accroissement se faisait exempt des charges qui grevaient particulièrement la part défaillante, ou, comme on dit, *sine onere*. C'était ce que Julien expri-

(1) Et à ceux-là seuls : Dig. 28. 6. 23. f. Papin. — (2) D. 29. 2. *De adq. vel omitt. hered.* 57. § 1. f. Gai. — Cod. 6. 26. 6. const. Dioclet. et Maxim. — Dig. 29. 2. 35. pr. f. Ulp. « *Ex causa substitutionis adeant.* » — *Ib.* 76. § 1. f. Javol. — (3) D. 29. 2. 35. pr. — (4) Paul. *Sentent.* 4. 8. § 26. — D. 38. 16. *De suis.* 9. f. Marcian. — 29. 2. *De adq. vel omitt. hered.* 81. f. Ulp.

mait en ces termes : « Portionem enim ad coheredem sine onere pertinere (1). » En effet, l'accroissement n'étant pour l'héritier que le développement d'une vocation première, il ne doit supporter d'autres charges que celles qui pesaient sur l'ensemble de l'hérédité ou sur lui personnellement. Dans le cas de substitution, au contraire, le substitué vient, en vertu d'une seconde vocation, prendre la place du défaillant; il doit donc la prendre telle quelle, avec l'accompagnement des charges, *cum onere*. — Mais il résulte d'un fragment d'Ulpien : d'une part, que cette dernière règle se serait trouvée bien assise seulement après un certain rescrit de l'empereur Sévère, mettant à la charge des substitués les fidéicommis dont avait été grevé l'institué défaillant; et d'autre part, que les jurisprudents en avaient pris texte pour étendre la même décision au cas d'accroissement (2). D'où l'on est porté à conclure qu'à partir de cette interprétation extensive, l'accroissement s'est produit aussi *cum onere*. On a contesté cette conclusion, en faisant remarquer que le rescrit de Sévère ne vise que les fidéicommis, pour lesquels ont toujours prévalu des règles d'interprétation plus larges. Mais il résulte d'un autre texte d'Ulpien (3), que la décision s'appliquait aux legs aussi bien qu'aux fidéicommis. Il n'y a pas de raison pour ne point étendre également aux legs la conséquence tirée de cette décision quant au droit d'accroissement; Ulpien l'admet même pour l'hérédité légitime, à l'égard de laquelle la volonté du disposant était moins accusée qu'au cas de l'hérédité testamentaire; enfin, un texte de Paul (4) impose expressément la charge des legs à tous ceux *quibus pars hereditatis accresceret*.

744. Mais l'on peut généralement poser en principe que, loin de se confondre avec le droit d'accroissement, toute substitution, soit d'un tiers, soit des héritiers entre eux, empêche l'accroissement d'avoir lieu, puisqu'elle empêche qu'il n'y ait des parts vacantes. Ce n'est qu'au cas où la substitution elle-même serait répudiée ou tomberait de toute autre manière, que le droit d'accroissement aurait lieu.

745. Sous l'empire des lois caducaires, dont l'abrogation formelle et totale par Justinien est même postérieure aux Instituts, le droit d'accroissement, soit pour les institutions d'héritier dont nous nous occupons ici, soit pour les legs dont nous aurons à traiter plus loin (ci-dessous, n° 875 et suiv.), avait subi de profondes modifications : — Dans les cas où l'institution était nulle dès l'origine et considérée comme non écrite (*pro non scripta*), les lois JULIA et PAPIA POPPÆA n'avaient rien innové; le droit d'accroissement s'opérait comme par le passé, et l'utilité de la

(1). D. 31. *De legat.* 2°. 61. § 1. f. Ulp. — (2) *Ibid.* — (3) D. 30. *De legat.* 1° 74. — (4) D. 31. *De legat.* 2°. 49. § 4.

substitution vulgaire restait dans les termes de cet ancien droit, sans que le testateur eût des motifs de plus pour y recourir en prévision de cette hypothèse. — Il en était de même s'il s'agissait d'institués ascendants ou descendants du testateur jusqu'au troisième degré : aucun motif particulier de substitution ne ressortait à leur égard des dispositions des lois caducaires, car ces lois leur avaient conservé la jouissance de l'ancien droit (*jus antiquum*). En conséquence, le droit d'accroissement s'opérait pour eux comme par le passé; une substitution vulgaire en leur faveur n'était pas plus nécessaire sous ce rapport après les lois Julia et Papia Poppæa, qu'elle ne l'était auparavant. — Si les institués n'étaient tous que des personnes exceptées des dispositions caducaires par une raison permanente, comme la cognation au degré voulu, le testateur n'avait pas à s'inquiéter non plus, en ce qui concernait leur institution, des causes de caducité introduites par ces lois, puisque ces personnes en étaient exceptées. — Mais du moment que parmi ses institués figuraient des personnes que les déchéances des lois caducaires pouvaient atteindre, il avait à se préoccuper de ces causes de déchéance. Et quand bien même, au moment où il testait, les personnes par lui instituées auraient été en règle avec ces lois, par exemple parce qu'elles étaient exceptées à raison de leur jeune âge, ou bien mariées et ayant quelque enfant légitime, comme la situation pouvait changer avant sa mort, ou même après mais avant les délais voulus, que l'âge de dispense pouvait s'être écoulé, que le mariage pouvait se trouver dissous, ou les enfants morts, toujours est-il que le testateur avait encore à craindre, même dans ces cas, à l'égard de tels institués, les déchéances des lois caducaires. Or, que deviendraient, de tels cas échéant, les institutions frappées de caducité faute de *jus capiendi* et qualifiées de *caduca,* ou celles qui y avaient été assimilées et traitées de même (*in causa caduci*)? Ce ne serait plus par l'ancien droit d'accroissement que ces institutions se régleraient; elles seraient revendiquées à titre de récompense privilegiée (*jus caduca vindicandi*) par les seules personnes nommées dans le testament ayant la qualité de *patres,* c'est-à-dire remplissant les conditions voulues de paternité, et s'il n'y avait aucune de ces personnes, par le trésor public (*ærarium*). Si donc le testateur voulait échapper autant qu'il était en lui à ce règlement singulier de son hérédité ou à cette dévolution au trésor public, il fallait qu'il fît lui-même le règlement qui lui conviendrait au moyen des substitutions vulgaires, soit des héritiers les uns aux autres, soit de nouvelles personnes appelées en rang inférieur. Notez cependant qu'à moins de tomber sur des personnes parfaitement en règle, ou de faire choix, pour ces substitutions vulgaires, de quelque personne exceptée, comme d'un cognat au degré voulu, ou mieux encore d'un ascendant ou d'un descendant, le testateur n'échapperait jamais complétement ni à

coup sûr aux déchéances; car le substitué, s'il est *cælebs*, n'aura pas plus le *jus capiendi* pour la substitution qu'il ne l'aurait pour l'institution, et s'il est marié mais sans enfant légitime (*orbus*), il ne pourra prendre dans la substitution que la moitié, de même que dans l'institution.

II. Et si ex disparibus portionibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione dedisse, *quas in institutione expressit*. Et ita divus Pius rescripsit.

2. Et si des héritiers institués pour des parts inégales ont été substitués entre eux, sans indication de parts dans la substitution, le testateur est censé avoir donné dans la substitution les mêmes parts que celles *qu'il a assignées dans l'institution;* ainsi l'a décidé par rescrit le divin et pieux Antonin.

Quas in institutione expressit. Mais il est également maître de leur assigner dans la substitution des parts tout autres que celles qu'ils ont dans l'institution; ce qui fait une nouvelle différence entre cette substitution des héritiers entre eux et le droit d'accroissement.

III. Sed si instituto heredi, et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus *sine distinctione* rescripserunt *ad utramque partem* substitutum admitti.

3. Si à un héritier institué on a substitué son cohéritier, et à celui-ci un tiers, les divins Sévère et Antonin ont décidé par rescrit que le dernier substitué serait admis, *sans distinction, à l'une et à l'autre part*.

746. D'où l'on tire la règle générale que celui qui est substitué à un substitué est censé l'être également et tacitement à l'institué lui-même. Exemple : *Primus* est institué héritier; *Secundus* lui est substitué; et à celui-ci *Tertius;* ce dernier, bien qu'il ne soit substitué expressément qu'à *Secundus*, est censé l'être tacitement à *Primus*.

Sine distinctione. C'est-à-dire sans distinguer à quelle époque la première substitution est venue à défaillir; que ce soit avant ou après l'institution elle-même. Si c'était après, il n'y avait aucune raison de douter; par exemple : l'institution tombe la première, soit par le refus, soit par le décès de *Primus* ou par toute autre cause; alors la première substitution s'ouvre et le droit à l'hérédité revient à *Secundus;* postérieurement celui-ci ne peut ou ne veut pas être héritier, dès lors son substitué prend sa place et arrive par ce moyen à l'hérédité. Mais si le premier substitué, *Secundus*, meurt ou devient incapable le premier, avant que l'institution qui le précède soit tombée : lorsque plus tard cette institution tombera, *Tertius*, prenant la place de *Secundus*, auquel il a été substitué, ne prendrait que la place d'un incapable mort avant l'ouverture des droits; il faut donc supposer qu'il vient de son chef, comme s'il avait été substitué lui-même directement à l'institué, *Primus*, dont les droits viennent de défaillir. C'était sur ce second cas que des doutes étaient élevés; cependant des jurisconsultes les résolvaient en faveur du substitué : « Verius puto, disait Julien, in

utramque partem substitutum esse (1). » Les Instituts nous apprennent que Sévère et Antonin levèrent tous les doutes, en décidant qu'on ne ferait plus de distinction.

Ad utramque partem admitti. Dans l'exemple cité soit ici, soit au Digeste (2), c'est un héritier qui est substitué en première ligne à l'un de ses cohéritiers, et qui a lui-même, en second ordre, un substitué. Celui-ci, s'il arrive, recueillera donc deux parts, savoir : celle de l'héritier auquel il était directement substitué et celle de l'héritier auquel ce dernier était lui-même substitué, laquelle part, au lieu d'accroître proportionnellement à lui et aux autres cohéritiers, s'il en a, lui reviendra exclusivement par droit de substitution, sans distinguer si c'est avant ou après l'autre qu'elle a été répudiée ou qu'elle est devenue caduque.

On peut remarquer que la substitution dont nous venons de nous occuper ici est une substitution tacite qui est, non pas exprimée, mais sous-entendue dans la disposition ; cela pourrait arriver dans d'autres cas encore : et, par exemple, dans celui que cite Celse. « Titius et Seius, uterve eorum vivat, heres mihi esto, » dans lequel, comme le dit Ulpien, « Tacita substitutio inesse videtur institutioni (3). »

747. La substitution vulgaire, n'étant qu'une espèce particulière d'institution, exige de la part du substitué les mêmes conditions de capacité que de la part de tout autre institué. Elle s'évanouit donc par les mêmes causes qui font évanouir une institution ordinaire : par exemple, si le substitué meurt ou est frappé de toute autre incapacité avant le décès du testateur ou avant l'ouverture de ses droits. De plus, comme elle n'est qu'une institution conditionnelle, *si heres non erit*, elle s'évanouit encore si cette condition vient à s'évanouir, c'est-à-dire si l'institué devient héritier. En sens inverse, le droit de la substitution s'ouvre après l'ouverture de la succession, lorsque la condition s'est accomplie, c'est-à-dire lorsqu'il est devenu certain que l'institué n'est pas devenu héritier. Le paragraphe suivant traite, à ce sujet, d'un cas tout particulier.

IV. Si servum alienum quis patrem familias arbitratus, heredem scripserit, et si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius substitutus *in partem admittitur*. Illa enim verba SI HERES NON ERIT, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur : si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. In eo vero quem patrem familias esse arbitratur, illud significant : si hereditatem sibi, sive cujus juri *postea* subjectus esse cœperit, non adquisierit. Idque

4. Lorsque quelqu'un, réputant pour chef de famille un esclave étranger, l'a institué héritier, et, dans le cas où il ne serait pas héritier, lui a substitué Mævius, si cet esclave fait adition par ordre de son maître, Mævius le substitué *sera admis pour partie*. En effet, ces mots S'IL N'EST PAS HÉRITIER, à l'égard de celui que le testateur sait être sous la puissance d'autrui, signifient : s'il n'est lui-même, ni ne rend un autre héritier ; mais à l'égard d'une personne que le testateur croit chef de famille, ces mots signifient : s'il n'acquiert l'hérédité ni

(1) D. 28. 6. 27. — (2) *Ib.* 41. pr. f. Papin. — (3) D. 28. 5. 24 et 25.

Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi cui constituit.

pour lui ni pour celui auquel il viendrait *plus tard* à être soumis. Ainsi l'a décidé Tibère César, au sujet de Parthénius, son propre esclave.

748. Il s'agit ici de déterminer le sens de ces mots : *Si heres non erit*. Cette condition sera-t-elle considérée comme réalisée ou comme défaillie dans le cas où l'institué ne pourrait pas acquérir l'hérédité pour lui-même, mais où il l'acquerrait seulement pour autrui? A cet égard, il faut distinguer si le testateur connaissait ou non la situation de l'institué.

S'il le savait esclave, il est clair que lorsque celui-ci acquiert plus tard à lui-même, s'il a été affranchi, ou à son maître, s'il ne l'a pas été, il est héritier dans le sens où le testateur l'a entendu; car, pour le testateur, *si heres non erit* signifiait ici : *si neque heres erit, neque alium heredem effecerit.*

Mais en devrait-il être de même si le testateur l'avait institué héritier, le croyant libre, chef de famille, et qu'il ne fût en réalité qu'un esclave? Ici le testateur n'avait pas certainement en vue un mode d'acquisition qu'il ne pouvait pas soupçonner; il a bien compris dans sa disposition l'institué, ou son maître futur, s'il venait à tomber au pouvoir d'autrui, puisque cela était dans l'ordre des choses possibles; mais non pas un maître actuel, puisqu'il le croyait dans une tout autre situation. *Si heres non erit* signifiait ici, pour le testateur, toujours selon les expressions du texte : *si hereditatem sibi, eive cujus juri postea* (par la suite, mais non pas à un maître actuel dont le testateur ignorait l'existence) *subjectus esse cœperit, non adquisierit.* Cette intention n'étant pas remplie, la substitution devrait s'ouvrir (1).

C'est ce que décide Tibère jugeant dans sa propre cause, puisqu'il s'agissait de l'un de ses esclaves. En effet, la première institution n'est pas nulle, l'erreur sur la condition de l'héritier ne viciant point l'institution (2); mais, comme elle ne se réalise pas dans le sens que l'a entendu le testateur, le cas de la substitution de son côté se trouve arrivé : l'institué et le substitué venant tous deux, il faut bien qu'ils partagent.

In partem admittitur. Pour quelle part? Pour moitié chacun, comme le dit formellement, sous ce paragraphe, la paraphrase de Théophile, et comme cela résulte d'ailleurs forcément de l'explication qui précède (3).

(1) Nous voyons dans Gaius, 2. § 177, un partage semblable pour un autre cas, qui prouve encore que, dans les substitutions conditionnelles, la manière dont l'accomplissement de la condition doit être entendu est une question d'intention.

(2) Il en serait autrement dans un testament militaire, où tout dépend de l'intention : l'institué ou le substitué viendrait pour le tout, suivant la volonté du testateur. (Al. Sev., C. 6. 24. 3.)

(3) Le fragment de Julien (D. 28. 5. 40), d'où l'on a voulu conclure qu'ils ne se partageaient qu'une moitié de la succession, sans dire à qui resterait l'autre moitié, ne doit pas être opposé; il y avait probablement dans cette espèce un autre héritier

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TITRE XVI.

DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

749. La substitution pupillaire est l'institution d'un héritier faite par le chef de famille, dans son propre testament, pour l'hérédité du fils impubère soumis à sa puissance, en cas que ce fils, lui survivant, meure avant d'avoir atteint l'âge de puberté. C'est, à proprement parler, le testament du fils fait par le chef, en accessoire du sien.

750. Comme toutes les substitutions, celle-ci n'est qu'une institution conditionnelle; car la condition sous laquelle elle est faite est : si le fils meurt avant d'être pubère (*si prius moriatur quam in suam tutelam venerit*). Elle est placée secondairement sous une institution principale, car le chef de famille ne peut la faire que comme accessoire de son propre testament, de sa propre institution à laquelle elle est subordonnée et dont elle suit le sort. Enfin, elle a pour but de prévenir certaine chance de mourir intestat : seulement, dans la substitution vulgaire, le testateur pourvoit à sa propre succession; dans la substitution pupillaire, il porte sa sollicitude plus loin, et c'est son fils qu'il veut garantir du malheur de mourir intestat; car ce fils resté *sui juris*, s'il venait à mourir impubère, mourrait sans la capacité nécessaire pour faire son testament; il mourrait donc forcément intestat, et, dans cette prévoyance, les Romains, continuant au delà du tombeau la toute-puissance paternelle, avaient admis que le chef de famille ferait, en même temps que le sien, ce testament que le fils impubère ne pouvait faire lui-même. On peut dire que l'impubère devenu *sui juris* a le droit d'avoir un testament; mais que, n'ayant pas l'exercice de ce droit, son chef de famille y a suppléé d'avance en l'exerçant pour lui dans son propre testament.

751. Nous savons que la substitution pupillaire a été introduite par l'usage, par les mœurs : *moribus institutum est*, nous dit le texte au paragraphe suivant, sans qu'il nous soit possible de déterminer l'époque où elle a commencé. Cicéron, dans son *Traité sur l'Orateur*, parle de l'une aussi bien que de l'autre.

Le paragraphe qui suit nous donne un exemple de substitution pupillaire.

Liberis suis impuberibus *quos in potestate quis habet*, non solum ita ut supra diximus substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint alius ei sit heres; sed eo amplius, ut et si heredes

A l'égard des enfants impubères *qu'on a sous sa puissance*, on peut leur substituer non-seulement comme nous venons de l'exposer, c'est-à-dire en ce sens que, s'ils ne sont pas héritiers, un

pour moitié. L'interprétation des mots *si heres non erit* donne lieu à plusieurs autres controverses; cette condition est-elle défaillie et la substitution évanouie, si c'est le père seul qui a fait adition de l'hérédité déférée au fils de famille, dont il n'a que l'usufruit? (Pour l'affirm. arg. Cod. 6. 30. 18. § 1. — 6. 60. 8. pr. §§ 1 et 2.) — Si l'institué, ayant fait d'abord adition, obtient contre cette adition la restitution en entier pour cause de minorité? Aff. Dig. 4. 4. 7. § 10. — Neg. Dig. 42. 1. 44.)

ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres : veluti si quis dicat hoc modo : TITIUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO; ET SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT (id est, pubes factus sit), TUNC SEIUS HERES ESTO. Quo casu siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est ut, cum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

autre le soit; mais, de plus, en ce sens que, si, après avoir été héritiers, ils meurent encore impubères, un autre soit leur héritier à eux. Par exemple en ces termes : QUE TITIUS MON FILS SOIT MON HÉRITIER, ET, S'IL N'EST PAS MON HÉRITIER, OU SI, L'AYANT ÉTÉ, IL MEURT AVANT D'AVOIR ATTEINT SA PROPRE TUTELLE (c'est-à-dire avant d'être pubère), QUE SEIUS SOIT HÉRITIER. Dans ce cas, si le fils n'est pas héritier, le substitué devient héritier du père; mais si le fils, après l'avoir été, meurt encore impubère, le substitué devient héritier du fils. Car c'est un usage introduit par les mœurs que les chefs de famille fassent le testament de leurs fils lorsque ceux-ci ne sont pas encore en âge de pouvoir le faire eux-mêmes.

752. *Quos in potestate quis habet.* Cette condition est indispensable; le droit de faire ainsi le testament d'un impubère dérive uniquement de la puissance paternelle : d'où il suit que le chef de famille seul peut l'exercer, qu'il ne le peut plus à l'égard de ses enfants émancipés, ni la mère, ni les ascendants dépourvus de puissance, à l'égard d'aucun.

Si filius heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur..., etc. Ceci n'est qu'un exemple : le texte cite celui-là parce qu'il est le plus fréquent. Le fils s'y trouve institué en première ligne par le père; mais nous verrons au § 4 qu'il pourrait en être autrement, et se trouver exhérédé. Il y a à la fois une substitution vulgaire et une substitution pupillaire formellement exprimées, de sorte que la même personne est substituée au fils vulgairement et pupillairement. Autrefois de graves discussions s'élevaient pour savoir si, lorsque la substitution pupillaire était exprimée, la substitution vulgaire devait être sous-entendue, et réciproquement. Cicéron regardait cette question comme très-difficile (*ambigitur inter peritissimos*) (1). Une constitution de Marc-Aurèle a déclaré que toutes les fois qu'un cas de substitution était exprimé, l'autre devait être sous-entendu (2). C'est donc au testateur à déclarer le contraire, si telle n'est pas son intention.

1. Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est ut, si mente captos habeant *filios vel nepotes vel pronepotes* cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis *certas personas* substituere : sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari, et hoc ad

1. Déterminé par les mêmes motifs, nous avons inséré dans notre Code une constitution par laquelle ceux qui ont *des fils, des petits-fils ou autres descendants* en démence, de quelque sexe ou de quelque degré que ce soit, sont autorisés, à l'exemple de la substitution pupillaire, à leur substituer, bien qu'ils soient pubères, *certaines personnes :*

(1) CICERO. *De orat.*, lib. 1. §§ 39 et 57. — *Brut.* § 52. — (2) DIG. 28. 6. 4. pr. f. Modest.

exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

mais s'ils recouvrent la raison, la substitution est infirmée, et cela toujours à l'exemple de la substitution pupillaire, qui tombe lorsque le pupille est parvenu à l'âge de puberté.

753. C'est là cette substitution particulière que les commentateurs ont appelée *quasi-pupillaire* ou *exemplaire*, parce qu'elle a été introduite par Justinien à l'exemple de la substitution pupillaire (*ad exemplum pupillaris substitutionis*, porte le texte). Elle a pour but de prévenir, pour le fils pubère, la chance de mourir intestat que lui fait courir son état de démence. C'est une institution conditionnelle, car elle est faite sous cette condition : s'il meurt sans être revenu à la raison (*si non resipuerit*), elle est placée secondairement sous une institution principale, car l'ascendant ne peut la faire que comme accessoire de son propre testament.

754. Néanmoins, il existe entre cette substitution et la substitution pupillaire deux différences notables que le texte indique, mais seulement d'une manière indirecte :

1° *Filios vel nepotes, vel pronepotes.* Le texte met ici sur la même ligne les fils, petits-fils ou tous autres descendants, sans exiger aucune condition de puissance paternelle. C'est là, en effet, la première différence : la substitution quasi-pupillaire n'est pas faite, comme la substitution pupillaire, en vertu de la puissance paternelle, elle est faite en vertu de la qualité d'ascendant; le droit en appartient non-seulement au père, mais à la mère et à tous les autres ascendants sans distinction, à l'égard des enfants émancipés comme à l'égard des autres.

2° *Certas personas.* C'est la seconde différence : le chef de famille, dans la substitution pupillaire, peut substituer qui il veut pour héritier de son fils impubère; mais l'ascendant, dans la substitution quasi-pupillaire, est obligé de prendre le substitué qu'il veut faire héritier de son fils en démence, d'abord parmi les descendants de l'insensé, s'il en a; à défaut, parmi ses frères; enfin, ce n'est qu'à défaut des uns et des autres qu'il peut substituer qui il veut (1).

(1) La constitution de Justinien se trouve au Code : 6. 26. 9. Quelques personnes croient pouvoir tirer des termes de cette constitution un troisième point de dissemblance, en ce qu'on serait obligé de laisser la portion légitime à celui pour qui on voudrait faire une substitution exemplaire, tandis qu'on peut substituer pupillairement même à son fils exhérédé; mais nous verrons que l'obligation de laisser la portion légitime existe pour tous les enfants, qu'elle est indépendante de toute substitution, et qu'à moins d'une juste cause d'exhérédation, tous y ont droit et peuvent attaquer, comme inofficieux, le testament dans lequel elle ne leur a pas été laissée, qu'il y ait ou non substitution, soit pupillaire, soit quasi-pupillaire. Ainsi, dans le premier cas comme dans le second, le fils exhérédé sans juste cause pourrait également attaquer le testament, et la substitution tomberait avec lui. Voilà pourquoi Justinien avertit qu'il faut (à moins de juste cause) laisser la portion légitime, *ne querela contra testamentum moveatur* : avertissement applicable aux deux cas.

755. Quel serait l'ascendant dont la volonté serait suivie en cas de concours, c'est-à-dire si plusieurs ascendants morts avant le fils insensé avaient fait chacun une substitution quasi-pupillaire pour lui. Les textes étant muets, les uns pensent que la volonté du père devait toujours l'emporter, ou que les ascendants n'avaient ce droit qu'après la mort du père et successivement, de degré en degré, ou enfin que le droit n'appartenait qu'au dernier mourant des ascendants. M. Demangeat (t. Ier, n° 721) admet, avec M. de Vangerow, que chaque ascendant dispose des biens qu'il laisse; mais alors le pupille est exposé à mourir partie testat, partie intestat. On ne peut faire que des conjectures.

756. Avant la constitution de Justinien, une pareille disposition ne pouvait être qu'une faveur exceptionnelle (1).

II. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata, *duo quodammodo sunt testamenta*, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset : aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum.

2. Dans la substitution pupillaire, telle que nous l'avons indiquée, *il y a en quelque sorte deux testaments* : l'un du père, l'autre du fils, comme si ce dernier avait institué lui-même son héritier, ou du moins c'est un seul testament, mais à deux causes, c'est-à-dire à deux hérédités.

757. *Duo quodammodo sunt testamenta*. Il y a en quelque sorte deux testaments, si l'on considère les effets, si l'on songe que le testament gît dans l'institution; car il y a ici deux institutions distinctes, deux hérédités réglées : celle du père et celle du fils. Quant aux formes extérieures, il n'y en a qu'un ordinairement, car la substitution pupillaire est faite dans le testament du père; cependant elle pourrait être faite par un acte postérieur et séparé, qui serait soumis lui-même à toutes les formes des testaments, et alors, même sous ce rapport, il y en aurait deux. Enfin, quant à leur existence et à leur validité, réunis ou séparés, ces deux testaments n'en font qu'un, en ce sens que l'un n'est que l'accessoire de l'autre. En effet, le testament du père est le principal; la substitution pupillaire, qu'elle ait été faite dans le même acte ou dans un acte postérieur, n'en est qu'une disposition accessoire, et elle tombe si le testament paternel tombe.

Voilà pourquoi, en somme, le texte se termine par ces mots, que, dans tous les cas, s'il n'y a qu'un testament, il est à deux hérédités (*aut certe unum testamentum est duarum hereditatum*).

III. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret ne filius ejus, pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus pericula insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis quidem testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem per quam, et si heres extiterit pupillus et

3. Du reste, si quelqu'un poussait la sollicitude jusqu'à craindre qu'après sa mort, son fils encore pupille, par cela seul qu'il aurait reçu ouvertement un substitué, ne se trouvât exposé aux périls de quelques embûches, il n'aurait qu'à faire ouvertement, dans la première partie du testament, la substitution vulgaire; quant à celle par laquelle un sub-

(1) D. 28. 6. 43. f. Paul.

intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare; et in priore parte testamenti cavere debet ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii quod in iisdem tabulis scripta sit quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

stitué est appelé pour le cas où le fils héritier viendrait à mourir impubère, il devra l'écrire séparément à la fin du testament, clore cette dernière partie d'un fil et d'un cachet séparé, et prescrire, dans la première, que les tablettes inférieures ne soient pas ouvertes tant que son fils sera vivant et impubère. Evidemment, cela n'empêche pas qu'une substitution pupillaire écrite sur les mêmes tablettes que l'institution ne soit très-valable, quelque danger qu'il puisse y avoir pour un pupille.

Ces précautions que conseille le texte ne demandent aucune explication.

IV. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem voluerint, *sed etiam exheredatis*. Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum, *eadem etiam de postumis* intelligimus.

4. La substitution par laquelle le chef de famille désigne à ses enfants, pour le cas où ils mourraient impubères, qui il veut pour héritier, peut être faite non-seulement à ceux qui seront ses héritiers, *mais même à ceux qu'il a exhérédés*. Et, dans ce cas, le substitué recueillera tout ce que le pupille aura pu acquérir par succession, legs ou donation de ses proches ou de ses amis. Tout ce que nous avons dit de la substitution des enfants impubères institués ou exhérédés *doit s'entendre également des postumes*.

758. Nous examinerons sous ce paragraphe quels sont ceux à qui on peut substituer pupillairement :

Aux enfants que l'on a sous sa puissance : telle est la condition essentielle; et il faut que la puissance paternelle existe non-seulement au décès du testateur, mais au moment où il fait la substitution. Si la substitution était faite par un acte séparé, postérieur au testament, il ne serait pas nécessaire que la puissance paternelle eût existé déjà à la confection du testament : c'est l'époque de la substitution seulement qu'il faut considérer (1).

Sed etiam exheredatis. Parce que le chef de famille, dans la substitution pupillaire, ne dispose pas de sa succession à lui, mais de celle de son fils, quel que soit l'héritier à qui il attribue la sienne. Son droit de faire la substitution pupillaire ne lui vient pas de ce qu'il aurait institué son fils, mais uniquement de la puissance paternelle qu'il a sur lui. Il peut donc lui substituer pupillairement, même lorsqu'il l'a exhérédé. Bien entendu que, s'il l'a exhérédé sans motif légitime, son testament sera annulé comme inofficieux, et que, s'il l'a passé sous silence, son testament sera nul, et la substitution pupillaire avec lui, puisqu'elle n'en est que l'accessoire.

Les petits-fils et autres descendants peuvent aussi être l'objet

(1) Tel est l'exemple cité au Dig. 28. 6. 2. pr. *in fin*. f. Ulp.

d'une substitution pupillaire de la part de leur aïeul, lorsqu'ils sont sous sa puissance sans intermédiaire.

759. *Eadem etiam de postumis.* Ce qui doit s'entendre des postumes qui, en les supposant nés au décès du testateur, auraient été immédiatement sous sa puissance et seraient devenus *sui juris* par ce décès. On peut remarquer que ce sont les mêmes auxquels le testateur peut nommer un tuteur par testament. (Ci-dess., n° 182.)

Il faut en dire autant des quasi-postumes. Ainsi, l'aïeul ne peut donner purement et simplement un substitué pupillaire aux petits-fils qu'il n'a pas immédiatement sous sa puissance; mais il peut le leur donner éventuellement, pour le cas de la loi JUNIA VELLEIA. c'est-à-dire pour le cas où leur père venant à mourir avant l'aïeul testateur, ils arriveraient par là, sans intermédiaire, sous la puissance de ce dernier. Bien entendu qu'il faut, tant pour les postumes que pour les quasi-postumes, qu'ils aient été ou institués ou exhérédés dans le testament; sans quoi ce testament étant rompu par leur agnation ou par leur quasi-agnation, la substitution pupillaire tomberait avec lui (1).

760. A l'égard des enfants adrogés, il faut se rappeler d'abord qu'il ne se peut agir que d'enfants adrogés à l'état d'impubères, sous les conditions voulues pour ces sortes d'adrogations, puisqu'il s'agit de substitutions pupillaires. Cela posé, il faut faire une distinction, selon qu'il est question d'une substitution pupillaire faite par le chef de famille que l'adrogé avait avant de devenir *sui juris* et d'être donné en adrogation, ou d'une substitution pupillaire faite par le père adrogeant. Quant à la substitution pupillaire faite par l'ancien chef de famille, elle se trouvait rompue par l'adrogation; mais nous savons que l'adrogeant devait donner caution aux personnes intéressées de leur rendre les biens de l'impubère adrogé, s'il venait à mourir avant sa puberté (n° 140). celui qui avait été substitué pupillairement par le chef de famille primitif recevait donc cette caution du père adrogeant, et en profitait, le cas échéant, puisque, si l'adrogé mourait impubère sa mort ouvrait à la fois pour l'adrogeant l'obligation de rendre, et pour le substitué primitif le droit de réclamer. Quant à la substitution pupillaire qui aurait été faite par le père adrogeant, par la même raison, elle ne peut porter sur les biens personnels de l'adrogé, puisque, s'il meurt impubère, ses biens doivent retourner à ceux qui les aurait eus si l'adrogation n'avait pas eu lieu; elle embrasse donc uniquement les biens donnés au pupille par l'adrogeant ou à sa considération, et encore quelques jurisconsultes doutaient-ils s'il ne fallait pas en excepter même la *quarte Antonine*, dans le cas où elle avait lieu, parce qu'elle était acquise à l'adrogé, non par la volonté de l'adrogeant, mais en vertu de la constitution d'Antonin (2).

(1) D. 28. 6. 2. pr. f. Ulp. — (2) D. 28. 6. 10. § 6. f. Ulp. — Voir sur la *quarte Antonine*, n° 140.

Pour les fils émancipés; on ne pouvait leur substituer pupillairement, puisqu'ils étaient sortis de la puissance paternelle; ni aux fils naturels, puisqu'ils n'y avaient jamais été (1).

V. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, *nisi et sibi faciat;* nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti : adeo ut si patris testamentum non valeat, *nec filii quidem valebit.*

5. Du reste on ne peut faire le testament de ses enfants, *sans faire aussi le sien;* car le testament pupillaire est une partie et une suite du testament paternel : si bien que le testament du père étant nul, *celui du fils l'est également.*

761. *Nisi et sibi faciat.* Si le chef de famille tient de sa seule puissance paternelle le droit de tester pour son fils, il ne peut néanmoins exercer ce droit qu'autant qu'il l'exerce pour lui-même. L'institution d'héritier qu'il fait pour son fils n'est qu'une disposition secondaire de son propre testament à lui; voilà même pourquoi c'est une *substitution.* — Il n'est donc besoin que des formalités voulues pour un seul testament : sept témoins, sept cachets suffisent (2). — Mais rien n'empêche aussi de faire la substitution pupillaire dans un acte postérieur, revêtu lui-même de toutes les formes testamentaires (3); et de la faire avec une solennité différente, par exemple : le testament du père par écrit et la substitution pupillaire par nuncupation verbale, ou réciproquement (4). Si le testament du père et la substitution pupillaire sont faits par actes séparés à divers intervalles, le testament du père doit précéder la substitution; mais lorsqu'ils sont faits dans un seul et même acte, l'inversion de la phrase ne vicierait pas la substitution, par exemple si l'on avait dit d'abord : « *Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto;* et plus bas : « *Filius heres esto* (5). »

Nec filii quidem valebit. Si, par exemple, le père n'a institué héritier dans son testament qu'une personne incapable, bien que celui qu'il a substitué pupillairement à son fils soit capable, la disposition pupillaire sera nulle, parce que l'institution l'est. De même, si personne ne fait adition d'hérédité en vertu du testament paternel, le testament pupillaire sera également caduc; ainsi le substitué ne pourrait pas accepter la succession du fils et négliger celle du père (6). En un mot, si, pour une cause quelconque, le père meurt intestat, le fils suivra le même sort.

762. Mais le moindre effet conservé au testament du père, soit rigoureusement par le droit civil, soit équitablement par le droit prétorien, suffit pour faire maintenir la validité de la substitution pupillaire. Par exemple : si le testament n'a été rescindé que pour partie seulement (7); s'il n'a été infirmé que par la possession des biens prétorienne donnée contre les tables du testament ; au

(1) D. 28. 6. 2. pr. — (2) Dig. 28. 6. 20. pr. f. Ulp. — (3) *Ib.* 16. § 1. f. Pomp. — (4) *Ib.* 20. § 1. — 37. 11. 8. § 4. f. Jul. — (5) Dig. 28. 6. 2. §§ 4. 5 et 6. f. Ulp. — (6) D. 28. 6. 2. § 1. f. Ulp. — (7). D. 5. 2. 8. § 5. f. Ulp.

fond et en droit strict, il est toujours censé valable (1); si l'héritier institué par le père est un héritier nécessaire qui s'est abstenu, en droit strict, il est toujours censé héritier (2). En conséquence, la substitution pupillaire est maintenue.

763. La nullité du testament du père entraînait celle de la substitution pupillaire. Mais la réciproque n'était pas vraie, parce que le principal ne suit pas le sort de l'accessoire. Ainsi une cause particulière pouvait vicier radicalement la substitution, et le testament paternel n'en restait pas moins valable.

VI. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest : singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluerit; novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

6. On peut substituer à chacun de ses enfants ou à celui d'entre eux qui mourra le dernier impubère : à chacun, si on veut qu'aucun ne meure intestat; au dernier mourant, si on veut maintenir intégralement entre eux le droit des successions légitimes.

764. Le texte explique suffisamment le but et les effets de la substitution faite *ei qui supremus* ou *qui novissimus impubes morietur*. Dans ce cas, le substitué trouve dans la succession du dernier mourant impubère les successions de tous les autres, qui lui sont échues *ab intestat;* mais il faut que le dernier meure impubère; s'il arrivait à l'état de puberté, la substitution s'évanouirait. — Africain se demande, à ce sujet, ce qu'on déciderait si tous mouraient en même temps et impubères? Le substitué serait héritier à chacun, répond-il : « quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur (3). »

VII. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti TITIUS HERES ESTO; aut generaliter, ut QUISQUIS MIHI HERES ERIT. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes et extiterunt, pro qua parte et heredes facti sunt.

7. On substitue à un impubère, ou nominativement, par exemple : QUE TITIUS SOIT HÉRITIER; ou généralement, par exemple : QUICONQUE SERA MON HÉRITIER. Par ces termes se trouvent appelés à la substitution, au décès du fils impubère, ceux qui ont été inscrits héritiers et qui le sont devenus, dans la même proportion qu'ils l'ont été.

765. Nous examinerons sous ce paragraphe quels sont ceux que le testateur peut substituer pupillairement, et donner ainsi pour héritiers à l'impubère.

Tous ceux qu'il peut se donner pour héritiers à lui-même. Ainsi, même à l'époque où les postumes externes ne pouvaient pas être institués héritiers, le postume sien du père pouvait être substitué pupillairement à l'impubère, bien qu'à l'égard de cet impubère il ne fût qu'un postume externe. Il y a plus, ceux qui seraient héritiers nécessaires à l'égard du père (par exemple, son

(1) D. 28. 6. 34. § 2 et 35. f. Afric. — (2) *Ib.* 2. § 3. — On peut ajouter encore à ces exemples celui de la loi 38. § 3 : Si l'institué par le père n'a fait adition que forcément, par ordre du préteur, pour conserver le droit du fidéicommissaire et lui restituer l'hérédité (voir ci-dessous, tit. 23. § 6). — (3) D. 28. 6. 34. pr.

fils, son esclave), le sont aussi à l'égard du fils impubère pour qui la substitution est faite. « Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio, » dit Ulpien (1). La raison de tout cela, c'est que, bien qu'il y ait deux hérédités et deux institutions, il y a identité de testament; la substitution pupillaire n'est qu'une disposition du testament paternel (2).

766. Du reste, il n'est pas obligé de substituer pupillairement à l'impubère ceux qu'il s'est institués héritiers pour lui-même : il est libre de prendre le substitué ailleurs.

Mais il peut aussi le prendre parmi ses héritiers, soit en désignant nommément l'un ou quelques-uns d'entre eux; soit en les appelant tous généralement.

Quisquis mihi heres erit. Ce qui emporte deux conditions, savoir : d'avoir été inscrit héritier du père, et de l'être devenu; double condition que le texte exprime par ces mots : *qui et scripti sunt heredes et extiterunt*. Ainsi, en premier lieu, ceux qui n'auront pas été héritiers du père, soit par répudiation, soit pour toute autre cause, ne pourront pas venir à l'hérédité du pupille décédé impubère, puisqu'ils n'y étaient appelés qu'autant qu'ils seraient héritiers du père (3). En second lieu, ces expressions : *quisquis mihi heres erit*, doivent s'entendre en ce sens qu'elles s'appliquent à la personne même de ceux qui ont été inscrits héritiers, et qui le sont devenus soit pour eux, soit pour autrui, et non pas à tous ceux auxquels l'hérédité a été acquise : « Hunc habent sensum, ut non omnis qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur. » — « Placuit scriptos tantummodo admitti. » Par exemple, si c'est un esclave qui ait été institué héritier du père, et qui ait acquis cette hérédité à son maître, mais qui soit devenu libre au moment où la substitution pupillaire s'ouvre, cette substitution ne sera pas déférée au maître auquel la première hérédité n'a été acquise que matériellement, par le moyen de l'esclave institué : mais bien à cet esclave devenu libre qui était inscrit personnellement. En résumé, la substitution, de même que l'institution, est censée posée sur la tête de l'esclave et le suit dans ses diverses conditions (4).

VIII. Masculo igitur *usque ad quatuordecim* annos substitui potest; feminæ, *usque ad duodecim* annos : et si hoc tempus excesserint, *substitutio evanescit*.

8. On peut substituer aux enfants mâles *jusqu'à quatorze ans*, aux femmes *jusqu'à douze;* une fois parvenus à cet âge, *la substitution tombe.*

767. *Usque ad quatuordecim, usque ad duodecim.* Le père ne peut pas prolonger ce terme; la prolongation qu'il aurait faite

(1) D. 28. 6. 10. § 1. f. Ulp.— (2) « *Constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates, usque adeo ut quos sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et postumum suum filios impuberi possit quis substituere* » (*Ib.* 2. § 4. *in fin.*). — (3) D. 28. 6. 34. § 1. f. Afric. — (4) D. 28. 6. 3. f. Modest. — 8. § 1. f. Ulp.

serait considérée comme non avenue, puisqu'à cette époque l'enfant à qui il substitue, étant devenu pubère, aura le droit de faire lui-même son testament; mais il pourrait le restreindre à un temps plus court, par exemple : *Si filius meus intra decimum annum decesserit* (1).

Substitutio evanescit. En effet, la condition sous laquelle elle était faite est alors défaillie.

768. Outre cette cause qui fait évanouir la substitution pupillaire, il en existe d'autres qui lui sont propres, savoir : Si l'enfant auquel la substitution était faite meurt avant le testateur (2); s'il sort de sa puissance (3); si, après sa mort, il est adrogé : nous avons vu cependant comment, dans ce cas, le substitué doit profiter en partie de la substitution, au moyen de la caution qui lui est donnée par l'adrogeant (voy. ci-dess., n° 760); si le substitué néglige de demander, dans l'année, un tuteur pour l'impubère (4). Enfin, à ces causes spéciales qui font tomber la substitution pupillaire, il faut ajouter encore toutes celles qui s'appliquent aux institutions en général.

769. Mais lorsque la condition s'étant accomplie, et aucune cause n'ayant fait évanouir la substitution pupillaire, elle produit son effet, alors le substitué devient héritier du fils décédé impubère et exclut l'hérédité *ab intestat*. Il succède à tous les biens de l'impubère, sans distinction de ceux qui lui viennent ou qui ne lui viennent pas de l'hérédité paternelle (5); car le chef de famille, en faisant la substitution pupillaire, ne l'a pas faite comme testant sur ses propres biens, mais comme testant sur les biens à venir du pupille; et même le testateur n'aurait pas eu le droit d'exclure de la substitution tels ou tels biens, car c'eût été faire décéder le pupille partie testat, partie intestat, ce qui n'était pas possible. Si le substitué qui succède au pupille a succédé aussi au père, il est tenu des charges et des dettes des deux hérédités; sinon les charges de l'hérédité paternelle ne le regardent pas, à moins qu'il n'en soit tenu comme successeur du fils, dans le cas où celui-ci a été lui-même héritier de son père. (6).

IX. *Extraneo vero, vel filio puberi* heredi instituto, ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres. Sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii *hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere :* quod jus quale sit, suo loco trademus.

9. A l'égard *d'un étranger ou d'un fils pubère*, nul ne peut, en les instituant, leur substituer de telle sorte que, si, après avoir hérité, ils meurent dans un certain délai, tel autre soit leur héritier. Il est seulement permis au testateur de les obliger par fidéicommis à restituer à un autre *son hérédité en tout ou en partie :* droit que nous exposerons en son lieu.

---

(1) D. 28. 6. 14. f. Pomp. — 21. f. Ulp. — (2) Soit qu'il meure réellement, soit qu'étant mort chez l'ennemi, il soit censé, d'après la loi Cornélia, mort du jour de sa captivité (*Ib* 28. f. Jul.). — (3) *Ib.* 4. § 2. — 41. § 2. — (4) Cod. 6. 58. 10. — (5) D. 28. 6. 10. § 5 f. Ulp. — Sauf toujours ce que nous avons dit ci-dessus, n° 760, pour le cas de l'adrogation. — (6) D. 42. 5. 28. f. Javol.

770. *Extraneo vero vel filio puberi.* Quant aux étrangers, le testateur n'a aucune puissance sur eux; quant aux fils pubères, ceux-ci pourront eux-mêmes se faire leur testament : par conséquent le testateur n'a aucun droit de le faire pour eux; s'il l'avait fait, même en les instituant héritiers, cet acte serait complétement nul et ne vaudrait pas même comme fidéicommis (1).

Hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere. Mais ici le testateur dispose de sa propre succession. C'est en vertu de son droit de propriété sur ses biens qu'il les donne à l'un avec charge de les restituer à un autre; sa disposition ne touche en rien aux biens qui composent l'hérédité d'autrui. Il ne donne pas un héritier à autrui : il se donne à lui-même un fidéicommissaire. C'est là l'origine de nos substitutions fidéicommissaires.

Substitutions faites par les soldats.

771. Les règles que nous venons d'exposer ne s'appliquent pas toutes aux soldats. Le privilége militaire leur donnait le droit de faire le testament de leur fils sans faire le leur (2); le testament pupillaire était valable même dans le cas où personne ne faisait adition de l'hérédité du père (3); rien ne les empêchait de restreindre l'effet de la substitution aux biens qu'ils avaient transmis (4); ils pouvaient, mais uniquement pour les biens qui venaient de leur hérédité, substituer à leur fils en puissance, même au delà de l'âge de puberté (5); à leur fils émancipé (6); et même aux étrangers (7).

Substitution avec autorisation du prince.

772. Le prince pouvait donner par rescrit à un chef de famille l'autorisation de faire le testament de son fils pubère, mais hors d'état de tester, soit parce qu'il était sourd et muet, soit par toute autre cause enlevant l'exercice du droit et non le droit lui-même (8). C'est cette autorisation individuelle que Justinien a transformée, pour le cas de folie, en un droit général, dont il a fait une espèce particulière de substitution à laquelle il a fixé des règles spéciales, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, § 1, n° 753.

TITULUS XVII.	TITRE XVII.
QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.	DE QUELLES MANIÈRES LES TESTAMENTS SONT INFIRMÉS.
Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.	Un testament légalement fait est valable jusqu'à ce qu'il soit rompu ou inutile.

773. Le testament dans lequel n'ont pas été observées toutes

(1) D. 28. 6. 7. f. Pap. — (2) D. 28. 6. 2. § 1. f. Ulp. — (3) D. 29. 1. 41. § 5. f. Tryph. — (4) D. 28. 6. 10. § 5. f. Ulp. — (5) *Ib.* 15. f. Pap. — (6) D. 29. 1. 41. § 4. — (7) *Ib.* 5. f. Ulp. — Cod. 6. 21. 6. — (8) D. 28. 6. 43. f. Paul.

les formes et les conditions essentielles à sa validité, selon ce que nous venons d'exposer, est nul dès son origine, dès le principe. Mais il peut arriver aussi qu'un testament dans la confection duquel on n'a omis aucune formalité ne produise cependant aucun effet. C'est lorsqu'il est rompu (*ruptum*), ou lorsqu'il devient inutile (*irritum*), ou lorsqu'il est abandonné (*destitutum*).

Les jurisconsultes ont attaché à ces mots un sens divers, et ils ont voulu distinguer, par des expressions différentes, différentes causes de nullité pour les testaments. Ainsi ils ont appelé *injustum, non jure factum, inutile,* et quelquefois *imperfectum,* celui qui n'est pas fait selon les règles du droit; *nullius momenti,* celui où le fils en puissance a été omis; *ruptum,* celui qui est cassé, révoqué par l'agnation d'un héritier sien ou par un testament postérieur; *irritum,* celui qui est rendu inutile par suite du changement d'état du testateur; *destitutum,* celui en vertu duquel personne ne fait adition (1). Dans ce dernier cas le testament est encore appelé quelquefois *irritum.*

I. Rumpitur autem testamentum cum, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. — Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium, per imperatorem, eum qui sui juris est, aut per prætorem secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.	1. Le testament est rompu lorsque, le testateur restant dans le même état, c'est sur le testament lui-même que porte le vice. Par exemple : si quelqu'un, après avoir fait son testament, adopte pour fils, par rescrit du prince, une personne *sui juris,* ou devant le préteur, d'après notre constitution, un fils soumis à la puissance paternelle, le testament est rompu par la quasi-agnation d'un héritier sien.

774. Le testament est rompu (*ruptum*) pour deux causes : 1° l'agnation d'un héritier sien qui n'a été ni institué ni légalement exhérédé; 2° la confection d'un testament postérieur. C'est du premier cas que s'occupe ce paragraphe.

775. Il y a agnation d'un héritier sien toutes les fois qu'une personne survient en la puissance du testateur sans intermédiaire. Ainsi le testament est rompu : 1° si, après sa confection, il naît au testateur un fils ou une fille; 2° si, par suite de la mort ou de l'émancipation de son père, le petit-fils se trouve sans intermédiaire sous la puissance du testateur; 3° si, par adoption ou adrogation, une personne entre comme fils ou comme petit-fils sans père désigné, dans la famille du testateur; 4° dans l'ancien droit, si la femme passant sous la main, dans le domaine romain, du mari (*in manu*), entrait ainsi dans sa famille au degré de fille (2); 5° il en était de même lorsque le fils, affranchi après une première ou une seconde mancipation, retombait sous la puissance paternelle (3); 6° et encore, lorsqu'un enfant né du

(1) D. 28. 3. 1. f. Pap. — Ci-dessous, § 5. — (2) Gai. 2. 139. — (3) Ib. 2. 141.

mariage contracté avec une étrangère ou avec une Latine (*peregrina vel Latina*) qui avait été épousée comme citoyenne romaine, usant du bénéfice accordé par le sénatus-consulte, prouvait que le mariage avait été fait de bonne foi (1).

776. Nous avons déjà exposé au titre de l'exhérédation, n°s 698 et suiv., le moyen d'éviter la rupture du testament par l'agnation d'un postume ou d'un quasi-postume, en les instituant ou en les exhérédant. Mais dans les autres cas d'agnation que nous venons d'énumérer, le testament était toujours rompu, *omni modo*, dit Gaius, soit que les héritiers siens nouvellement survenus y eussent été institués, soit qu'ils eussent été exhérédés à l'avance. Quant à l'exhérédation, il n'y avait aucun doute : elle était nulle comme faite contre des personnes qui, au moment de la confection du testament, n'étaient pas au nombre des héritiers siens, et auxquelles, par conséquent, on n'avait pas pu enlever un droit qu'elles n'avaient pas encore (2). Mais, à l'égard de l'institution, quelques jurisconsultes admettaient que si le nouvel héritier sien survenu dans la famille avait été institué à l'avance, le testament n'était pas rompu. Cette opinion, qui est celle de Scévola et de Papinien (3), prévalut auprès de Justinien, qui a supprimé le *omni modo* de Gaius.

777. La rigueur de ce principe a encore souffert un tempérament dans le dernier cas de rupture que nous avons mentionné, celui du mariage contracté de bonne foi avec une étrangère ou une Latine. Dans le droit primitif, lorsque l'enfant prouvait la bonne foi, que ce fût avant ou après la mort du testateur, le testament était rompu, malgré toutes les institutions et les exhérédations possibles. Sur la proposition d'Adrien, un nouveau sénatus-consulte décida que si la preuve était faite avant la mort du père, le testament serait dans tous les cas rompu; que si, au contraire, la preuve n'était faite qu'après sa mort, le testament ne serait rompu que lorsque le fils aurait été omis; si, au contraire, il avait été institué héritier, ou exhérédé, le testament serait valable; car, dit Gaius, il serait inique d'annuler un testament pour la validité duquel toutes précautions ont été prises, dans des circonstances où il est impossible d'en faire un nouveau (*ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renovari non possent*) (4).

II. Posteriore quoque testamento *quod jure perfectum est*, superius rumpitur. Nec interest an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit : hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adi-

2. Le testament est pareillement rompu par un testament postérieur *valablement fait*. Et peu importe qu'en vertu de ce dernier il y ait eu un héritier ou non; on considère seulement s'il aurait pu y en avoir un. Si donc l'institué a répudié l'hérédité, ou s'il est mort, soit du vivant, soit après le décès du testateur,

(1) *Ib.* 142. — (2) *Ib.* 2. 140 et 141. — (3) DIG. 28. 2. 23 — 28. 3. 18. — (4) G. 2. 143

ret, decesserit; *aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit :* in his casibus pater familias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.

mais avant d'avoir fait l'addition, ou s'il est déchu *par le non-accomplissement de la condition sous laquelle il était institué*, dans tous ces cas le chef de famille meurt intestat : car le premier testament est nul, ayant été rompu par le second; et celui-ci reste sans effet, puisqu'il ne donne aucun héritier.

778. *Quod jure perfectum est.* Il est évident que ces mots veulent dire de la manière requise pour chaque espèce de testament; ainsi, le testament militaire, quoique dispensé de toutes formalités, est régulier et peut casser un testament antérieur (1). Ulpien nous signale un cas où un testament, quoique non régulier, suffit pour casser un testament antérieur : c'est lorsque l'héritier inscrit dans ce testament pourrait venir à la succession *ab intestat* (2). Théodose, dans une constitution insérée au Code, répète cette même doctrine, en disant que le second écrit vaudra non pas comme testament, mais comme volonté dernière de l'intestat : « Secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus. » Dans ce cas il suffira de cinq témoins assermentés : « In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt (3). » Au temps des lois caducaires, un testament dont l'institution ne faisait défaut que parce que l'institué ne se trouvait pas, au moment voulu, dans les conditions exigées pour le *jus capiendi*, n'en était pas moins valable dans son principe (*jure perfectum*), et, par conséquent, n'en rompait pas moins le testament antérieur (4).

779. *Aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit.* « Il est très-important, dit Pomponius, de distinguer quelle espèce de condition a été imposée; si elle se reporte au passé, au présent ou au futur. — Au passé elle est ainsi conçue : Si Titius a été consul. Si ce fait est vrai, c'est-à-dire si Titius a réellement été consul, l'institution ainsi faite suffit pour rompre le testament antérieur, car il peut y avoir un héritier; si, au contraire, Titius n'a pas été consul, le premier testament ne sera pas rompu. — Si la condition se reporte au présent, par exemple : Si Titius est consul, nous aurons la même solution; si le fait est vrai, il peut y avoir un héritier, et le testament est rompu; s'il est faux, il ne peut y avoir d'héritier, le premier testament subsiste. Le motif en est qu'il n'y a pas ici de véritable condition, il y a ignorance de l'événement, mais non pas chance qu'il arrive ou non. — A l'égard des véritables conditions, qui se reportent à un fait futur et incertain, mais possible, elles suffisent pour rompre le testament, quand même l'événement ne se réaliserait pas : quant aux conditions impossibles, elles sont réputées non écrites (5).

(1) D. 28. 3. 2. f. Ulp. — (2) *Ib.* — (3) C. 6. 23. 21. § 3. — (4) « Aut propter cælibatum ex lege Julia summotus fuerit ab hereditate. » GAI. 2. § 144. — (5) D. 28. 3. 16.

III. Sed si quis priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit, etiam si ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum illud quoque præterea in ea constitutione expressum est : « Imperatores Severus et Antoninus Augusti, Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta *ex lege Falcidia*, hereditatem restituat his qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. » Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

3. Si quelqu'un, après un premier testament valable, en fait un second également valable, quand bien même il n'y aurait institué l'héritier que pour certaines choses déterminées, le premier testament, d'après un rescrit des divins Sévère et Antonin, n'en sera pas moins révoqué. Nous avons fait insérer ici les termes de cette constitution, parce qu'elle exprime quelque chose de plus. « Les empereurs Sévère et Antonin Augustes, à Coccéius Campanus. Il n'y a aucun doute qu'un testament postérieur, bien qu'il n'y ait d'institué qu'un héritier pour des objets déterminés, doit valoir comme si ces objets n'avaient pas été mentionnés; mais l'héritier institué doit être tenu de se contenter des objets à lui donnés ou *de la quarte Falcidie*, et de restituer l'hérédité à ceux qui avaient été institués dans le premier testament, à cause de la disposition par laquelle le testateur a exprimé dans le second testament que le premier resterait valable. » Ainsi, même de cette manière, le testament est rompu.

780. *Ex lege Falcidia*. Ce n'est pas précisément en vertu de la loi Falcidie que l'héritier fiduciaire pouvait retenir le quart de l'hérédité, mais bien en vertu du sénatus-consulte Pégasien, comme nous le verrons plus loin (ci-dessous, tit. 23, § 5). La loi Falcidie s'appliquait aux legs, le sénatus-consulte aux fidéicommis; il avait été introduit à l'imitation de la loi Falcidie.

781. Quoique rompu, un testament n'est pas toujours dénué de tout effet; il peut, dans certains cas, s'il est revêtu des cachets de sept témoins, servir à obtenir du préteur la possession des biens *secundum tabulas* (1).

En effet, pour accorder cette possession des biens, le préteur ne considère que deux époques : le moment de la confection du testament, et celui de la mort du testateur. Si donc dans l'intervalle, il est né un postume omis par le testateur, ce fait seul suffit bien pour que le testament soit rompu, *jure civili;* mais aux yeux du préteur, il ne sera cassé que si le postume omis survit au testateur. S'il est mort avant lui, le testament, quoique rompu selon le droit strict, pourra servir à obtenir la possession des biens (2); il en sera de même dans le cas où le testateur, ayant laissé subsister l'acte de son premier testament, aurait détruit le second (3).

IV. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur : veluti, cum is qui fecit testamentum capite deminutus sit.

4. Il y a une autre cause par laquelle les testaments valablement faits sont infirmés : c'est par la diminution de tête

(1) GAI. 2. 147. — (2) D. 28. 3. 12. pr. f. Ulp. — (3) D. 37. 11. 11. § 2.

Quod quibus modis accidat primo libro retulimus.

du testateur. Nous avons exposé au premier livre comment ont lieu ces diminutions de tête.

782. Il s'agit ici du cas où le testament, quoique régulier et valable en lui-même, devenait inutile, *irritum*, parce que le testateur changeait de personne, d'état et de capacité. Nous avons expliqué ci-dessus, nos 677 et suiv., pourquoi, selon le droit civil. toutes les diminutions de tête produisaient cet effet, et nous avons exposé à cet égard les priviléges provenant de l'état militaire.

V. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quæ rumpuntur irrita fiant; et quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt; et ea quæ jure facta sunt, et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur; quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

5. Dans ce cas, on dit que les testaments sont devenus inutiles. Il est vrai que les testaments qui sont rompus deviennent également inutiles; que ceux qui, dès le principe, sont faits irrégulièrement, sont aussi inutiles; et qu'à l'inverse pour les testaments qui, régulièrement faits, sont devenus inutiles par la diminution de tête, on pourrait tout aussi exactement dire qu'ils sont rompus. Néanmoins, comme il est plus commode de distinguer les différentes causes qui vicient les testaments par des termes différents, les uns sont dits *irrégulièrement faits*, et les autres, réguliers dans leur principe, sont dits *rompus* ou *inutiles*.

VI. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta quæ, ab initio jure acta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, *potest scriptus heres* SECUNDUM TABULAS *bonorum possessionem agnoscere*, si modo defunctus et civis romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam, si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem vel etiam libertatem testator amiserit, aut quia in adoptionem se dederit et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem petere.

6. Cependant les testaments qui, régulièrement faits, sont devenus inutiles par la diminution de tête, ne sont pas dénués de tout effet. S'ils ont été scellés des cachets de sept témoins, *l'héritier institué pourra obtenir la possession des biens* SECUNDUM TABULAS, pourvu seulement que le défunt ait été citoyen romain et *sui juris* au moment de sa mort; car, si le testament était devenu inutile parce que le testateur avait perdu la qualité de citoyen ou même la liberté, ou bien parce qu'il s'était donné en adrogation, et qu'au moment de sa mort il fût encore sous la puissance de son père adoptif, l'héritier institué ne pourrait pas demander la possession des biens SECUNDUM TABULAS.

783. *Potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere.* C'est un tempérament introduit par le droit prétorien, pour le cas où le testament est devenu rigoureusement *irritum*, comme pour celui où il a été rigoureusement rompu, selon ce que nous venons de dire ci-dessus, § 3. Ainsi, lorsque le testateur, après avoir subi une diminution de tête postérieurement à la confection du testament, sera, avant sa mort, revenu à son premier état; par exemple, lorsque ayant été réduit en esclavage, déporté, adopté ou adrogé, il aura, avant sa mort, recouvré ses

droits par l'affranchissement, la grâce du prince ou l'émancipation, en droit strict, son testament, devenu *irritum*, ne revivra pas; mais en droit prétorien, il pourra servir à obtenir la possession des biens. Tel est l'adoucissement apporté par le préteur aux principes rigoureux que nous avons exposés, n° 685, sur l'époque où la capacité de tester doit exister en la personne du testateur.

784. Dans le cas d'adrogation, il ne suffisait pas que le testateur adrogé eût été plus tard émancipé; il fallait de plus pour obtenir la possession des biens, produire une déclaration du défunt, indiquant que son intention était de faire revivre son testament, parce que l'adrogation ayant été de sa part un acte entièrement volontaire, qui avait emporté aliénation de tous ses biens, on y voyait, quant à la disposition testamentaire de ces mêmes biens, l'indication d'un changement de volonté, qui rendait nécessaire, après l'émancipation, la preuve de son retour à sa première volonté. Faute de fournir cette preuve, l'institué qui demandait la possession de biens était repoussé par l'exception de dol (*doli mali*) (1). — Mais Justinien ne reproduit pas dans les Instituts cette règle spéciale : peut-être parce que l'adrogé, d'après la législation de ce prince, conservant la nue propriété des biens, l'adrogation n'indiquait plus de sa part, quant à la disposition testamentaire de ces biens, un changement de volonté suffisant pour nécessiter la preuve contraire.

785. Sous l'expression *irritum*, inutile, les jurisconsultes comprenaient aussi quelquefois le testament qui ne produisait pas d'héritier *non adita hereditate* (2), c'est-à-dire l'institué n'ayant pas fait adition, soit par suite de sa seule volonté, soit par incapacité, ou bien ayant obtenu une restitution *in integrum* contre l'adition qu'il avait faite d'abord. Mais ce testament s'appelait plus spécialement *destitutum* ou *desertum*, abandonné.

VII. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, *quod postea testator id noluit valere :* usque adeo, ut, si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint : nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

7. *La volonté seule du testateur ne suffit pas* pour infirmer un testament; tellement que si quelqu'un, après un premier testament, en a commencé un second qu'il n'a pas achevé, soit parce qu'il a été prévenu par la mort, soit parce qu'il a abandonné ce projet, il est décidé, dans un exposé de loi du divin Pertinax, que le premier testament régulièrement fait ne deviendra pas inutile, à moins que le second ne soit également régulier et parfait; car un testament inachevé est nul, sans contredit.

786. *Quod postea testator id noluit valere.* Mais il n'est pas non plus absolument indispensable que le testateur fasse un nouveau testament pour révoquer celui qu'il a déjà fait. La révocation

(1) D. 37. 11. 11. § 2. — (2) D. 28. 3. 1.

sera suffisamment opérée par la destruction ou l'altération de l'acte lui-même, parce que cette destruction est faite volontairement, dans l'intention de mourir intestat (1).

Théodose avait même déclaré qu'après dix ans de date les testaments ne seraient plus valables (2); mais Justinien, modifiant cette disposition, voulut qu'outre le laps de temps on joignît à cette première circonstance la preuve d'un changement de volonté, exprimée dans un acte authentique ou devant trois témoins (3).

VIII. Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum : neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc, divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt. « Licet enim, inquiunt, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus. »

8. Dans le même exposé de loi, l'empereur déclare qu'il n'admettra pas l'hérédité de celui qui, à cause d'un procès (4), aurait laissé le prince pour héritier; qu'il ne validera pas un testament irrégulier dans lequel on l'aurait institué afin d'en couvrir les vices; qu'il n'acceptera pas le titre d'héritier sur de simples propos, et qu'il ne recueillera rien sur aucun écrit dépourvu de l'autorité du droit. Les divins Sévère et Antonin ont bien souvent publié des rescrits dans ce sens. « En effet, disent-ils, bien que nous soyons affranchis des lois, cependant nous vivons sous l'empire des lois. »

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

TITRE XVIII.

DU TESTAMENT INOFFICIEUX.

787. D'après le droit civil, et même d'après le droit introduit par l'usage et par l'interprétation relativement à l'exhérédation, il suffisait au chef de famille de déclarer qu'il exhérédait son fils, et à la mère ainsi qu'aux ascendants maternels de passer sous silence leurs enfants, pour que ceux-ci n'eussent aucun droit à leur hérédité. L'usage et l'interprétation des prudents introduisirent un nouvel adoucissement à cette rigueur (5).

Quia plerumque parentes *sine causa* liberos suos *exheredant vel omittunt*, inductum est ut de inofficioso agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique præteritos : hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

Comme il y a des ascendants *qui exhérèdent* ou qui *omettent* leurs enfants, et cela le plus souvent *sans motif*, on a introduit l'action du testament inofficieux en faveur de ceux qui se plaignent d'avoir été injustement exhérédés ou omis, sur la supposition qu'en faisant son testament le testateur n'était pas sain d'esprit. En cela on n'entend pas qu'il était réellement fou, mais que son testament, quoique régulièrement fait, est contraire aux devoirs de la piété entre parents; car s'il y avait folie véritable, le testament serait nul.

(1) D. 28. 4. 1. f. Ulp.; 4. f. Pap. — (2) Cod. Théod. 4. 4. 6. — (3) Cod. 6. 23. 27. — (4) Afin de donner à son adversaire l'empereur pour partie adverse. — (5) Voyez ce que j'en ai dit tom. I, *Hist.*, n° 324.

788. On nomme testament inofficieux celui qui est contraire aux devoirs de la piété entre parents (*in officium*); telle est la définition que nous en donne Paul dans ses Sentences : « Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur » esse conscriptum (1) ; » c'est-à-dire celui dans lequel le testateur a exhérédé ou omis sans aucun motif légitime des enfants ou des parents que l'affection et la piété naturelles lui ordonnaient d'appeler à son hérédité. L'usage introduisit le droit d'attaquer de pareils testaments et d'en faire prononcer la nullité. L'origine de ce droit n'est pas fixée d'une manière précise; mais elle remonte au temps de la république vers le cinquième ou sixième siècle de Rome; il en est mention dans une des harangues de Cicéron contre Verrès (2). C'était devant les centumvirs que se portait l'action contre le testament inofficieux, comme toutes les autres actions en pétition d'hérédité (3). Ces magistrats, s'ils trouvaient le testament contraire à la piété de famille (*inofficiosum*), en prononçaient la nullité ; l'hérédité testamentaire tombait avec toutes les dispositions contenues dans le testament, et l'hérédité *ab intestat* s'ouvrait au profit de ceux qui étaient appelés par la loi (4).

789. *Sine causa.* Mais si le testateur avait eu de justes motifs d'exhéréder ou d'omettre le plaignant, le testament ne serait pas inofficieux, et la nullité n'en serait pas prononcée. Les motifs n'étaient pas législativement fixés : ils étaient laissés, dans chaque cause, à l'appréciation du juge, et le testateur n'était soumis à aucune obligation de les exprimer dans son testament. Tel était encore le droit d'après les Instituts. Ce ne fut que par une novelle postérieure que Justinien détermina quelles seraient les justes causes d'exhérédation ou d'omission, et exigea qu'elles fussent exprimées dans le testament (5).

Exheredant. Ceci se rapporte au chef de famille à l'égard des enfants soumis à sa puissance qu'il a exhérédés : car, s'il les avait simplement omis, le testament serait vicié, conformément aux règles que nous avons exposées sur l'exhérédation ; et par consé-

---

(1) Paul. Sent. 4. 5. 1. — (2) Cicer., *in Verr.* 1. 42. — *De oratore*, 1. 38. 57. — (3) Voy. ce qui a été dit des centumvirs, tom. I, *Histoire*, nos 166 et suiv. — (4) D. 5. 2. 6. § 1; 8 § 16. f. Ulp. — (5) Ces causes, à l'égard des enfants, sont au nombre de quatorze : 1° si le fils s'est rendu coupable d'une injure grave envers son père ; 2° s'il l'a frappé; 3° s'il a attenté à sa vie ; 4° si, par sa delation, il lui a fait éprouver quelque dommage; 5° s'il vit associé à des malfaiteurs ; 6° s'il a voulu empêcher son père de tester; 7° s'il l'a abandonné dans la démence; 8° s'il ne l'a pas racheté de sa captivité ; 9° si le fils est un hérétique, qui rejette les quatre premiers conciles œcumeniques; 10° s'il a accusé son père d'un crime capital, à l'exception du crime de lèse-majesté ; 11° s'il a eu commerce avec sa belle-mère ou la concubine de son père ; 12° s'il s'enrôle avec des comédiens malgré son père; 13° s'il ne veut pas, en se portant fidéjusseur, faire élargir son père détenu pour dettes; 14° si une fille mineure, que le père a voulu marier et doter, se livre à une prostitution mercenaire. (*Novelle* 115, cap 3.)

quent il n'y aurait nul besoin ni aucun droit de l'attaquer comme inofficieux.

Vel omittunt. Ceci se rapporte à la mère et aux ascendants maternels ou autres, à l'égard des enfants qu'ils n'ont pas en leur puissance; car leur silence suffit selon le droit rigoureux pour repousser ces enfants de leur hérédité. (V. tit. 13, § 7.)

I. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. *Soror autem et frater, turpibus personis scriptis heredibus*, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

I. La faculté d'attaquer le testament comme inofficieux n'a pas été attribuée seulement aux enfants à l'égard de leurs ascendants, mais encore aux ascendants à l'égard de leurs enfants. *Quant aux frères et sœurs*, si l'institution est faite *en faveur de personnes viles*, ils doivent, d'après les consti utions, avoir la préférence; d'où il suit qu'ils ne peuvent pas agir contre tout héritier. Après les frères et sœurs, aucun cognat ne peut avoir d'action, ou l'exercer avec succès.

790. *Soror autem et frater :* ce qui s'entendait exclusivement, d'après le droit civil, des frères et sœurs agnats, membres de la même famille; car eux seuls pouvaient se prévaloir d'une sorte de copropriété. La constitution de Constantin, telle qu'elle se trouve dans le Code Théodosien, consacre encore ce principe (1); mais Justinien admit au droit d'attaquer le testament comme inofficieux tous les frères consanguins, c'est-à-dire issus du même père, soit qu'ils fussent encore, soit qu'ils ne fussent plus dans la famille (*durante agnatione vel non*). En conséquence, en insérant dans son Code la constitution de Constantin, il la fit modifier en ce sens (2). Tel était le droit des Instituts, d'après lequel les frères utérins restent seuls exclus de la plainte d'inofficiosité (3).

Turpibus personis scriptis heredibus : telles que les histrions, les gladiateurs, les prostituées, les personnes notées d'infamie. Il faut recourir, à cet égard, à ce que nous avons dit (*Général.*, tom. I, n°s 74 et suiv.) de la perte ou des altérations de l'*existimatio*. C'est précisément à l'occasion de la querelle d'inofficiosité accordée aux frères et sœurs qu'une constitution de Constantin, insérée au Code, précise si bien les trois degrés, entre l'infamie, la turpitude, et la *levis nota* (4). Dans ces trois cas également, les frères et sœurs ont la querelle d'inofficiosité. En somme, leur

(1) Cod. Théodos. 2. 19. 1 et 2. — (2) Cod. 3. 28. 27. — (3) D'après la novelle 115, les justes causes d'omission à l'égard des ascendants étaient au nombre de huit : 1° s'ils ont accusé leurs enfants d'un crime capital; 2° dressé des embûches à leur vie; 3° eu commerce avec la femme ou la concubine de leur fils; 4° mis obstacle à ce qu'ils fissent leur testament; 5° s'ils ne les ont pas rachetés de l'ennemi; 6° s'ils les ont abandonnés dans la démence; 7° pour cause d'hérésie; 8° si le père a voulu empoisonner la mère, ou réciproquement. (*Novelle* 115, cap. 4.) — (4) Cod. 3. 28. 27. c. Const.

droit était bien plus restreint que celui des descendants et des ascendants; car ceux-ci pouvaient réclamer pour cause d'inofficiosité contre toutes personnes instituées à leur détriment, tandis que les frères et sœurs ne le pouvaient que contre les personnes viles (1).

II. Tam autem naturales liberi, quam *secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati*, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, *si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt*. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. *Postumi quoque* qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

2. Du reste, les enfants, tant naturels *qu'adoptifs, selon la division introduite par notre constitution*, ne peuvent intenter l'action d'inofficiosité *qu'à défaut de tout autre moyen de droit pour arriver aux biens du défunt*. Ainsi ils ne le peuvent pas si, par une autre voie, ils viennent à l'hérédité en tout ou en partie. Cette action peut être exercée *également par les postumes*, lorsqu'ils n'ont aucun autre droit.

791. *Secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati :* c'est-à-dire selon la distinction établie par la constitution de Justinien entre les enfants adoptés par les étrangers et ceux adoptés par un ascendant, ou les adrogés. Nous savons que les premiers n'ont plus qu'un droit de succession *ab intestat* sur les biens du père adoptant, sans pouvoir se plaindre s'ils en ont été omis ou exhérédés, même sans motif (voir ci-dessus, n° 710).

792. *Si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt.* Ainsi, l'action pour cause d'inofficiosité est un dernier recours ouvert seulement lorsqu'il n'en existe aucun autre. Si par exemple il s'agit d'un fils qui peut invoquer, contre le testament paternel, la nullité, ou la possession des biens *contra tabulas,* parce qu'il n'y a pas été exhérédé, il ne sera pas admis à l'attaquer comme inofficieux, parce qu'il a un autre moyen d'arriver à l'hérédité. — De même, avant Justinien, pour les filles, petits-enfants ou arrière-petits-enfants qui, en cas d'omission, avaient droit de se faire admettre pour une part avec les institués. — De même enfin, selon l'exemple cité par Ulpien, l'adrogé impubère exhérédé injustement, parce qu'il a dans ce cas droit de réclamer la quarte Antonine (2).

793. *Postumi quoque :* bien entendu, lorsque leur naissance ne devait pas rompre le testament; par exemple, lorsque le père les avait exhérédés, ou lorsqu'il s'agissait du testament de la mère ou d'un ascendant maternel. L'action pour cause d'inofficiosité leur était ouverte; ils pouvaient même échouer, comme si l'on suppose un petit-fils né d'un mariage peu honorable, bien que n'ayant personnellement donné au testateur aucun motif de plainte (3).

(1) A l'égard des frères et sœurs, il y a trois justes causes d'omission : 1° pour attentat à la vie; 2° accusation d'un crime; 3° grand dommage de fortune. (*Novell.* 22, cap. 47.) — (2) D. 5. 2. 8. § 15. — (3) D. 37. 4. 3. § 5. f. Ulp.

III. Sed hæc ita accipienda sunt si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est : quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, *in quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum* boni viri arbitratu debere eam compleri.

3. Mais tout cela n'est applicable que dans le cas où le testateur ne leur aurait absolument rien laissé dans son testament, comme l'a introduit notre constitution par respect pour les droits de la nature. Si donc une part quelconque ou un objet de l'hérédité leur a été donné, laissant dormir la plainte d'inofficiosité, ils auront droit seulement *de faire compléter ce qui leur manquera jusqu'à concurrence du quart de leur part d'hérédité légitime;* et cela quand bien même le testateur n'aurait pas ajouté l'ordre de leur compléter ce quart sur l'arbitrage d'un homme de bien.

794. L'action pour cause d'inofficiosité du testament donna naissance à une nouvelle théorie, celle de la *portion légitime* due aux enfants, ascendants ou frères et sœurs, dans leur rang d'hérédité *ab intestat.*

Nous ne pouvons pas déterminer positivement à quelle époque et par quelle gradation cette théorie s'introduisit; mais voici quelle fut la filiation probable de ce droit. Si les enfants, ascendants ou frères et sœurs, futurs héritiers *ab intestat* du défunt, avaient été institués par lui dans son testament pour une portion quelconque, si petite qu'elle fût, il n'y avait plus à leur égard omission ni exhérédation : dans cette position, le testament devait-il ou ne devait-il pas être annulé comme inofficieux? ou bien, si le défunt, sans instituer ces personnes pour héritiers, leur avait néanmoins laissé une partie de ses biens, par legs, donation ou autrement, le testament devait-il encore être considéré comme inofficieux? ne pouvait-il pas arriver que ce fût dans l'intérêt même de son fils, par exemple, pour éviter les charges et la responsabilité qu'entraîne la qualité d'héritier, que le père lui eût laissé une portion de ses biens à titre de legs ou de donation plutôt qu'à titre d'institution? Cela étant, quelle portion de biens faudrait-il que le testateur eût laissée, soit par institution, soit par legs ou autrement, à ses enfants, ascendants ou frères et sœurs futurs héritiers *ab intestat,* pour que le testament ne pût être considéré comme inofficieux? Sur toutes ces questions, il faut observer que, dès le principe, il ne dut y avoir aucune règle formelle. L'action pour cause d'inofficiosité n'était pas une action de droit strict, pour un vice absolu et caractérisé. Le testament n'était annulé que comme contraire aux devoirs de la parenté, comme dénotant dans ses dispositions une volonté irréfléchie et déraisonnable. C'était aux centumvirs à l'apprécier sous ce rapport, selon les circonstances : c'était donc à eux à juger si les libéralités du testateur à l'égard des plaignants n'étaient pas suffisantes pour satisfaire aux devoirs et à l'affection de la parenté : il n'y avait donc aucune part positivement fixée. Mais dans les dernières années de la répu-

blique, en 714, fut porté, sous le nom de loi Falcidie (*lex* FALCIDIA), un plébiscite, dont nous aurons à parler bientôt (voy. ci-dessous, tit. XXII), d'après lequel il fut ordonné que tout héritier institué par testament ne pourrait jamais être grevé de legs ni de fidéicommis au delà des trois quarts de sa part héréditaire, de telle sorte qu'un quart au moins lui resterait toujours franc et libre. Soit que la loi Falcidie contînt formellement, à l'égard de l'hérédité *ab intestat*, une disposition analogue, en faveur des héritiers du sang qui avaient l'action d'inofficiosité; soit plutôt qu'il n'y ait eu à ce sujet qu'une extension donnée à la loi Falcidie : le fait est qu'on attribua à ces héritiers du sang le même droit qu'aux héritiers institués, et que, sous peine de faire annuler le testament comme inofficieux, ils durent toujours avoir dans les biens du défunt, à moins de justes causes d'exhérédation ou d'omission entière, le quart de la part héréditaire qui leur serait revenue *ab intestat*. Telle est l'origine de cette part, qu'une constitution de Théodose et de Valentinien, insérée dans le Code Théodosien, nomme formellement la Falcidie (*solam eis Falcidiam debitæ successionis relinquant*) (1); qu'une novelle de Majorien appelle pareillement la quantité de la loi Falcidie (*sola Falcidiæ quantitas*) (2); que d'autres textes nomment encore portion due de par la loi (*portio legibus debita*), portion légitime (*portio legitima*) (3): d'où les commentateurs ont fait la dénomination pure et simple de *la légitime* (4).

795. *Id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum.* Dans le principe, il était indispensable que le testateur eût donné lui-même le quart complet, ou que du moins il eût formellement ajouté à ses dispositions qu'en cas d'insuffisance on compléterait ce quart : sinon l'action pour cause d'inofficiosité était ouverte. Tel était encore le droit sous Constantin, d'apres une constitution de lui, insérée au Code Théodosien (5). C'est Justinien qui le premier a établi que, même dans le cas où le testateur n'aurait pas ajouté cette disposition (*licet non fuerit adjectum*), le droit de l'héritier du sang se

---

(1) COD. Théodos. 16. 7. 28. — Ce nom de *Falcidie* lui est pareillement donné dans une constitution d'Arcadius et d'Honorius, insérée au code de Justinien : 9. 8. 5. § 3. — (2) D. Majoriani A legum novellarum lib., tit. 8, *De sanctimonialibus et viduis, et de successionibus earum*. 1. § 3. — (3) C. 3. 28. 28. 30 et 31. — (4) Cujas avait été conduit par l'intitulé probablement altéré d'une loi du Digeste (5. 2. 4. f. Gai.) à attribuer l'origine de la portion légitime à une certaine loi *Glicia* entièrement inconnue. Mais l'exposé que nous venons de faire, le nom de *Falcidie* qui lui est donné par les constitutions des empereurs, et que nous lui retrouvons encore dans la *loi romaine des Bourguignons*, 31 (30), et même chez les Francs, comme le démontre M. de Savigny dans son Histoire du droit romain au moyen âge (t. 2, ch. 9, § 41 — vol. 1, p. 72, note 5, de la traduction), plusieurs autres autorités, tout enfin nous prouve que la portion légitime des héritiers du sang dérive, sinon textuellement, au moins par extension, de la loi Falcidie. — (5) C. Théodos. 2. 19. 4.

bornerait à faire compléter le quart : ainsi, pour peu que le testateur ait laissé à l'héritier du sang, cela suffit pour que l'action d'inofficiosité soit exclue, et qu'il ne reste plus que l'action en supplément.

IV. Si tutor nomine pupilli cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit *nomine suo* de inofficioso patris testamento agere.

4. Si un tuteur a accepté, au nom d'un pupille dont il gérait la tutelle, un legs résultant du testament de son propre père, qui ne lui a absolument rien laissé à lui-même, il n'en sera pas moins recevable, *en son propre nom*, à attaquer ce testament comme inofficieux.

796. *Nomine suo.* L'acceptation qu'il a faite d'un legs laissé à son pupille ne peut lui être opposée comme emportant de sa part ratification du testament, parce que, dans cette acceptation, il a agi, non pas en son nom, mais seulement en sa qualité obligatoire de tuteur, accomplissant en cela non pas un acte volontaire, mais un devoir forcé. Rien ne l'empêchera donc d'attaquer en son propre nom (*nomine suo*) le testament comme inofficieux. Il en serait tout autrement si l'acte d'approbation, même indirecte, avait été entièrement libre et volontaire de sa part, par exemple, s'il s'était porté comme avocat ou comme procureur pour demander la délivrance d'un legs au nom d'un légataire (1).

V. Sed si, e contrario, pupilli nomine cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit *et superatus est,* tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est non amittit.

5. Et si, à l'inverse, le tuteur intente, au nom du pupille auquel il n'a rien été laissé, l'action d'inofficiosité, *et succombe*, il ne perd pas le legs qui lui a été fait par le même testament.

797. *Et superatus est.* Ici le cas est inverse, mais le motif de la décision est le même. Il faut savoir, pour l'intelligence de cette décision, que tout héritier qui avait attaqué à tort le testament comme inofficieux et qui avait succombé dans sa demande, perdait, comme indigne, les legs ou autres dispositions mis en sa faveur dans ce testament : c'était le fisc qui en profitait (2). Mais ici, le tuteur n'ayant pas agi en son propre nom et volontairement, il n'a encouru aucune indignité.

VI. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario sive jure legati aut fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos, *in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio; vel aliis modis qui constitutionibus continentur*. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est ut, sive unus fuerit sive plures quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta

6. Pour que l'action du testament inofficieux soit fermée, il faut donc qu'on ait la quarte, soit par droit héréditaire, par legs, par fidéicommis ou par donation à cause de mort, soit par donation entre-vifs *dans les cas mentionnés en notre constitution, ou par tous autres moyens énumérés dans les constitutions*. Ce que nous avons dit de la quarte doit s'entendre de manière que, soit qu'il y ait une seule, soit plusieurs personnes ayant droit contre le testa-

(1) D. 5. 2. 32. f. Paul. — (2) D. 5. 2. 8. § 14. f. Ulp.

eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, id est pro virili portione quarta.

ment inofficieux, on peut leur donner une seule quarte à distribuer entre elles proportionnellement, c'est-à-dire pour chacun le quart de sa portion virile.

798. Ce paragraphe donne lieu à examiner deux questions, qui, du reste, sont essentiellement corrélatives : 1° Comment doit s'opérer le calcul pour déterminer la portion légitime? 2° A quel titre, c'est-à-dire par quelle sorte de libéralité cette portion doit-elle être laissée aux héritiers du sang?

Pour déterminer la portion légitime, il faut considérer le patrimoine du défunt tel qu'il était au moment de sa mort (1), déduction faite des frais funéraires, des dettes et affranchissements (2); du reste, toutes les choses formant l'objet de legs et autres libéralités testamentaires y restent comprises, car elles sont encore dans le patrimoine au moment de la mort. On y comprend même, à ce titre, les donations à cause de mort (3). Ce sera sur la masse ainsi formée, en en prenant le quart, qu'on déterminera la valeur de la portion légitime.

799. Les donations entre-vifs que le défunt a pu faire de son vivant n'entrent pas dans la masse pour le calcul de la portion légitime, car elles n'étaient plus dans le patrimoine du défunt au moment de sa mort : à moins, toutefois, qu'elles ne fussent attaquées elles-mêmes pour cause d'inofficiosité, comme ayant épuisé outre mesure les biens du défunt, ce qui tendrait à éluder la querelle d'inofficiosité testamentaire; car nous savons, par un titre spécial du Code, et par les fragments du Vatican, qu'une pareille action existait contre les donations (4).

800. Mais si l'héritier du sang avait reçu du testateur certaines libéralités, devait-on les faire entrer dans la masse pour le calcul de la portion légitime, et les imputer comme à-compte reçus par lui sur cette portion? — Il n'y avait aucun doute à l'égard des legs, des fidéicommis, ou des donations à cause de mort. Que ces libéralités eussent été faites à l'héritier du sang ou à toute autre personne, peu importait : c'était la règle générale qu'elles comptaient dans la masse pour le calcul, puisqu'elles faisaient encore partie du patrimoine au moment du décès, et tout ce qui avait été laissé à ce titre à l'héritier du sang comptait comme autant à imputer sur la part qui devait lui revenir.

801. Quant aux donations entre-vifs reçues par l'héritier du sang du vivant du testateur, il y avait des distinctions à faire. Puisque la règle générale était que les donations entre-vifs n'entraient pas dans la masse, cette règle devait avoir lieu pour les

(1) Cod. 3. 28. 6. — (2) Paul. Sent. 4. 5. 6. — Dig. 5. 2. 8. § 9. — (3) C. 8. 57. 2. — Voy. sur tout cela les détails que nous donnerons ci-dessous, tit. 22. § 3, pour le calcul de la Falcidie : les règles générales sont les mêmes, puisque c'est une sorte de Falcidie. — (4) Vatican. Jur. Frag. §§ 270, 271, 280, 281, 282. — C. 3. 29.

donations faites à l'héritier du sang comme pour celles faites à toute autre personne. C'était donc uniquement par exception que l'héritier du sang avait été soumis à les faire entrer dans la masse et à les imputer sur sa portion légitime, dans certains cas que le texte se borne à indiquer sommairement.

In iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio. Savoir, dans le cas où la donation entre-vifs lui avait été faite sous la condition expresse qu'elle serait imputée sur la légitime : l'acceptation d'une pareille condition ne pouvait pas enlever à l'héritier son droit de réclamer, mais elle l'obligeait à imputer la donation, et par conséquent à ne réclamer que le complément de sa quarte (1). — Ou bien encore, dans le cas où il s'agissait de ce qui lui avait été donné entre-vifs pour l'achat d'un office, d'un grade militaire (*ad militiam emendam*) (2).

Vel aliis modis qui constitutionibus continentur. Quelques éditions portent à tort, dans le texte, *nostris constitutionibus*, il ne s'agit plus de la constitution de Justinien, mais des constitutions en général, comme on peut le voir par la paraphrase de Théophile. Ces cas sont ceux de la dot et de la donation pour cause de noces, qui entrent dans la masse pour le calcul de la portion légitime et s'imputent sur cette légitime (3).

802. Justinien, par ses Novelles, a introduit encore sur ces divers points d'importantes modifications. Ainsi il a augmenté la quotité de la portion légitime, qui doit être, non plus du quart seulement, mais de la moitié de la succession, si les légitimaires sont au nombre de plus de quatre; et, dans le cas contraire, du tiers. Cette augmentation a lieu tant pour les enfants que pour les ascendants, frères ou sœurs, au profit desquels l'action d'inofficiosité avait été introduite dans le principe (4).

La novelle 113 ne permet plus d'omettre ou d'exhéréder les enfants ou les ascendants, même en leur laissant la portion légitime à titre de donation, de legs ou de fidéicommis; il faut leur donner la qualité d'héritier, ne fût-ce que pour un objet particulier, sauf à compléter ce qui manque à la légitime (5).

D'après le droit civil, et même encore d'après celui des Instituts, le testament annulé comme inofficieux était annulé pour le tout, toutes ses dispositions tombaient. D'après la même novelle de Justinien, il ne sera annulé qu'en ce qui concerne l'institution d'héritier; les legs, les fidéicommis, les affranchissements, les nominations de tuteur subsisteront et seront exécutés (6).

803. L'action contre le testament pour cause d'inofficiosité se

(1) D. 5. 2. 25. pr. f. Ulp. — C. 3. 28. 35. § 2. constitution de Justinien. — (2) C. *Ib.* 30. § 2. const. de Justinien. — On voit par cette constitution que certaines charges militaires étaient déjà vénales à cette époque. — (3) C. 3. 28. 29. const. Zenon; 30. § 2. — C. 6. 20. 20. pr. — (4) Novell. 18. cap. 1. — (5) Novell. 115. cap. 3 et 4. — (6) *Ib. in fin.*

trouve éteinte dans divers cas : 1° Si le plaignant a transigé avec les héritiers, car l'engagement de ne pas attaquer le testament comme inofficieux fait du vivant du testateur serait nul ; mais, après sa mort, il peut y avoir transaction (1) ; 2° s'il s'est désisté de son action (2) ; 3° s'il a reconnu comme bon et valable le testament (*agnovit judicium testatoris*), soit directement, soit indirectement ; par exemple en recevant un legs, en demandant l'exécution d'une de ses dispositions (3) ; 4° s'il a laissé écouler le délai, fixé anciennement à deux ans seulement (4), mais étendu plus tard à cinq ans (5) ; au bout de ce temps, qui ne doit commencer à courir que du jour de l'adition (6), l'action du testament inofficieux est prescrite, parce qu'il est censé, par son silence, avoir approuvé le testament ; 5° s'il décède sans avoir intenté ni préparé l'action ; mais, s'il l'avait préparée, c'est-à-dire s'il avait manifesté l'intention d'agir et commencé ses dispositions à cet égard, le droit de l'intenter passerait à ses héritiers (7).

Il n'en est pas de même de l'action en complément de la portion légitime : elle ne s'éteint ni par la reconnaissance du testament, ni par la prescription de deux ans ou de cinq, ni par la mort du légitimaire (8). (App. 5, liv. 2.)

TITULUS XIX.	TITRE XIX.
DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.	DE LA QUALITÉ ET DE LA DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS.
Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.	On dit des héritiers qu'ils sont ou nécessaires, ou siens et nécessaires, ou externes.

La différence entre ces trois classes d'héritiers consiste essentiellement dans la manière d'acquérir ou de pouvoir répudier l'hérédité. Aussi le titre actuel traite-t-il de l'acquisition et de l'omission des hérédités.

---

(1) D. 5. 2. 27. — Cod. 3. 28. 35. § 2. — Paul. Sent. 4. 5. 8. — (2) D. 5. 2. 8. § 1. — (3) *Ib.* 23. § 1 ; 31. §§ 2, 3 et 4. — (4) Lettres de Pline, 5. 1. — (5) Nous trouvons l'énonciation de ce délai dans une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, insérée au Code Théodosien, 2. 19. 5 ; dans une constitution bien antérieure (an 259), des empereurs Valérien et Gallien, au Code de Justinien, 3. 28. 16. Et enfin deux fragments au Digeste peuvent faire penser que le délai était déjà porté à cinq ans au temps d'Ulpien et de Modestin. D. 5. 2. 8. § 17. f. Ulp. — 9. f. Modest. — (6) C. 3. 28. 36. § 2. const. Just. Par cette constitution, Justinien confirme l'avis d'Ulpien et repousse celui de Modestin, qui voulait faire courir le délai du jour du décès ; Justinien impose en même temps à l'héritier institué l'obligation de se prononcer, dans ce cas, sur son adition, dans le délai de six mois ou un an, selon qu'il habite la même province ou au delà. — (7) D. 5. 2. 6. § 2. — *Ib.* 7. — C. 3. 28. 5. — Dans le cas particulier dont nous venons de parler à la note précédente, si le légitimaire mourait avant l'expiration du délai imposé à l'institué pour se prononcer, il transmettrait l'action à ses enfants, quand même il ne l'aurait pas encore préparée ; mais cette faveur n'aurait pas lieu pour d'autres héritiers que les enfants. — (8) C. 3. 28. 35. § 2. — *Ib.* 34 *in fin.* — Ce serait à tort qu'on prétendrait induire de cette constitution que l'action en supplément était prescriptible aussi par cinq ans.

1. Necessarius heres est *servus heres institutus* : ideo sic appellatus quia, *sive velit, sive nolit*, omnimodo *post mortem testatoris* protinus liber et necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo vel secundo vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, *potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur*, vel distrahantur vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo *illud ei commodum præstatur*, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis non sufficiant bona defuncti creditoribus, tamen ex alia causa quas sibi res adquisivit, non veneunt.

1. L'héritier nécessaire est *l'esclave institué héritier* : on le nomme ainsi, parce que, *bon gré, mal gré*, de toute manière, *après la mort du testateur*, il devient aussitôt libre et nécessairement héritier; voilà pourquoi ceux dont la solvabilité est suspecte ont coutume d'instituer leur esclave pour héritier au premier, au second, ou même au dernier degré, afin que, s'il ne satisfait point aux créanciers, *ce soit sous le nom de cet héritier, et non sous celui du testateur*, qu'ait lieu la possession, la vente ou le partage des biens par les créanciers. En compensation de ce désavantage, *on lui concède cet avantage* que les biens acquis par lui postérieurement à la mort de son patron lui seront réservés. Et malgré l'insuffisance des biens du défunt, les créanciers ne pourront faire vendre ce qu'il se sera acquis par toute autre cause.

804. *Servus heres institutus*. Bien entendu lorsque, institué par son propre maître, il doit devenir, en vertu du testament, libre et héritier à la fois : *si in eadem conditione manserit* : ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, n° 722.

Sive velit, sive nolit. Par conséquent, que cet esclave soit pubère, impubère ou même *infans*, en état de raison ou de démence, l'hérédité lui est également acquise, puisqu'elle l'est de plein droit, sans aucun acte de sa volonté.

Post mortem testatoris. L'époque où il devient à la fois libre et héritier nécessaire est celle de la mort de son maître, si l'hérédité et la liberté lui ont été données toutes deux purement et simplement; et seulement celle de l'accomplissement de la condition, si toutes les deux, ou même si l'une ou l'autre, soit la liberté, soit l'hérédité, ne lui ont été attribuées que sous condition : car la condition imposée à l'une quelconque des deux suspend également sa qualité d'héritier (1).

Potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur. « C'est-à-dire, ajoute Gaius, afin que l'ignominie qui résulte de la vente des biens affecte cet héritier plutôt que le testateur lui-même; quoique, suivant l'opinion de Sabinus, rapportée par Fufidius, cet héritier dût être libéré de l'ignominie, parce que ce n'est point par son vice, mais par une nécessité de droit qu'il endure la vente des biens; mais nous usons d'un autre droit (*sed alio jure utimur*) (2). » Expression qui prouve que l'ignominie dont il s'agit n'était pas une simple ignominie

(1) D. 28. 5. 3. § 1. f. Ulp. — 21. § 1. f. Pomp. — 22. f. Jul.
(2) Gai. 2. § 154. — Théophile, dans sa paraphrase, nous donnait déjà le même motif.

d'opinion, mais une ignominie de droit, produisant des effets légaux (1).

805. *Illud ei commodum præstatur.* Le premier avantage qu'il retire, dit Théophile, c'est, avant tout, la liberté, plus précieuse que tout au monde. En outre, le préteur lui accorde le *bénéfice de séparation.* — La séparation entre les biens du défunt et ceux de l'héritier n'était pas un privilége spécial à l'esclave héritier nécessaire. C'était un droit plus étendu, introduit par le préteur pour adoucir les conséquences de la confusion entre les biens du défunt et ceux de l'héritier (2). La séparation des biens s'obtenait par un décret du préteur, ou du président (3) : elle était surtout établie pour les créanciers de l'hérédité, qui, si l'héritier était insolvable, avaient intérêt à ce que les biens du défunt ne se confondissent pas avec ceux de cet héritier. L'esclave héritier nécessaire pouvait aussi demander et obtenir la séparation des biens, pourvu qu'il n'eût pas encore touché à ceux de l'hérédité (*scilicet si non attigerit bona patroni*). Par l'effet de cette séparation, bien qu'il restât toujours héritier et tenu, selon le droit strict, de toutes les dettes du défunt, les créanciers ne pouvaient exercer de poursuite que sur les biens de l'hérédité ; tout ce que l'esclave, devenu libre, acquérait par la suite, y compris même ce qui pouvait lui être dû par le testateur (4), devait rester séparé et hors de leur atteinte (5).

II. Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse ; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate : *tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit.* Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, *et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* Unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur,

2. Les héritiers siens et nécessaires sont, par exemple, le fils, la fille, le petit-fils et la petite-fille nés d'un fils, et les autres descendants après eux, supposé, bien entendu, qu'ils fussent sous la puissance du mourant. Mais pour que le petit-fils et la petite-fille soient héritiers siens, il ne suffit pas qu'ils aient été sous la puissance de l'aïeul au moment de sa mort, il faut de plus que leur père du vivant de l'aïeul ait cessé d'être héritier sien, enlevé à sa famille soit par la mort, soit par toute autre cause qui libère de la puissance paternelle ; alors *en effet le petit-fils ou la petite-fille prend la place de son père.* Ces héritiers se nomment *siens,* parce qu'ils sont héritiers domestiques, *considérés même*

(1) Comme la faillite chez nous. — L'ancienne vente des biens a été supprimée par Justinien : voir ci-dessous, liv. 3, tit. 12. Aussi notre texte ne dit-il pas, comme Gaius, *bona veneant,* mais *bona a creditoribus possideantur.* — (2) Dig. 42. 6. — Cod. 7. 72. — (3) Dig. 42. 6. 1. pr. et § 14 f. Ulp. — (4) Pour que le maître puisse devoir à son esclave, on suppose habituellement le maître institué par un tiers, et grevé au profit de l'esclave, pour le cas où ce dernier serait libre, d'un legs, dont le préteur autoriserait l'esclave à prélever la valeur. Une circonstance moins exceptionnelle serait celle où il s'agirait de sommes destinées au pécule proprement dit (*pusillum patrimonium*), auquel fait allusion ce vers de Virgile : « Nec spes libertatis erat, nec cura peculi, » que l'on autorisait l'esclave à amasser pour prix de sa liberté. — (5) *Ib.* § 18.

quia omni modo, *sive velint, sive nolint*, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus *abstinere se ab hereditate*, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

du vivant du père comme en quelque sorte propriétaires; d'où il suit qu'en cas de mort intestat, avant tout vient la succession des enfants. On les nomme *nécessaires*, parce que de toute manière, *bon gré, mal gré*, soit ab intestat, soit par testament, ils deviennent héritiers. Mais le préteur leur permet de *s'abstenir de l'hérédité* s'ils le veulent, afin que la possession des biens par les créanciers ait lieu sous le nom du défunt plutôt que sous le leur.

806. *Tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit*. Bien entendu s'il s'agit de succession *ab intestat* : mais s'il s'agit de succession testamentaire, peu importe que le petit-fils ou autre descendant soit ou non précédé par quelqu'un dans la famille; il suffit qu'il soit sous la puissance du testateur, et valablement institué par lui pour être héritier sien et nécessaire. C'est ce que dit positivement Ulpien, et ce qui résulte d'ailleurs évidemment de l'explication que nous allons donner de ces mots : *heres suus et necessarius*. Mais il faut remarquer que si l'aïeul exhérède ainsi son fils pour instituer le petit-fils, ce dernier, en devenant héritier sien et nécessaire à la mort de l'aïeul, ne le devient pas pour son compte, mais bien pour le compte de son père, qui le précède dans la famille, et sous la puissance duquel il retombe : de sorte que celui-ci acquiert par droit de puissance paternelle l'hérédité dont il a été exhérédé (1).

807. *Et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*. Il faut bien se garder de croire que *suus* se rapporte au testateur et indique que ses enfants héritiers étaient *siens*, c'est-à-dire lui appartenaient, étaient en sa puissance : s'il en eût été ainsi, il aurait fallu appeler également *héritiers siens et nécessaires* les esclaves institués par leur maître, car ils étaient bien *siens*, ils lui appartenaient bien; et pourtant ils n'avaient que la qualité d'*héritiers nécessaires*, et non pas celle d'*héritiers siens*. C'est que *suus* se rapporte, non pas au testateur, mais aux héritiers eux-mêmes : ce mot indique que ces derniers sont leurs propres héritiers (*sui heredes*), se succèdent en quelque sorte à eux-mêmes. En effet, tous les membres de la famille, nous l'avons déjà dit plusieurs fois, formaient en quelque sorte un seul être collectif quant à la propriété des biens de la famille, chacun des membres était en quelque sorte partie dans cette propriété, copropriétaire avec le chef : lors donc que le chef venait à mourir, les membres de la famille qui lui succédaient se succédaient en quelque sorte à eux-mêmes, prenaient leur propre hérédité, étaient leurs propres héritiers (*heredes sui*). Telle est la seule explication que donne le texte de ces mots, et la seule qui soit

(1) D. 29. 2. 6. § 5. f. Ulp.

vraie On voit par là pourquoi les esclaves, étant étrangers à la propriété de famille, n'étaient pas héritiers siens, mais seulement héritiers nécessaires, bien qu'ils fussent la chose du testateur; on voit également pourquoi tout membre de la famille, qu'il fût directement ou avec intermédiaire sous la puissance du chef, pourvu qu'il y fût, étant partie dans la copropriété de famille, était héritier de soi-même, son propre héritier (*heres suus*), du moment qu'il était appelé à recueillir ce patrimoine domestique, soit par son rang *ab intestat*, soit par l'institution du chef.

808. *Sive velint, sive nolint*. Par conséquent, qu'il soit impubère, en démence, peu importe : il n'a besoin d'aucune autorisation, ni de celle du tuteur, ni de toute autre, pour acquérir l'hérédité; elle lui est acquise de plein droit, à son insu et malgré lui.

809. *Abstinere se ab hereditate.* C'est là ce que les commentateurs nomment le *bénéfice d'abstention*. Il consiste en ce qu'il est permis aux héritiers siens, bien que l'hérédité leur soit acquise de plein droit, de ne pas s'immiscer dans cette hérédité, de n'y faire aucun acte d'héritier, d'y rester étrangers de fait; et, par ce moyen, toute action sera refusée contre eux aux créanciers du défunt par le préteur, bien qu'ils soient héritiers selon le droit strict.

Cette abstention des héritiers siens diffère de la séparation des biens accordée aux esclaves tant en la forme que dans les effets. — En la forme, car la séparation des biens doit être demandée au préteur et obtenue par décret; tandis que l'abstention est un fait passif : l'héritier sien n'a rien à demander, il lui suffit de rester dans l'inaction, de ne se mêler en rien de l'hérédité : « Non esse necesse prætorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati, » nous dit Ulpien (1). Il est vrai que pour enlever tout doute ou toute équivoque sur ses intentions, l'héritier sien était amené par la nécessité des affaires à déclarer, lorsque telle était sa résolution, qu'il s'abstenait de l'hérédité (*constituerat non agnoscere hereditatem; se dicit retinere hereditatem nolle*), et que les mots *se abstinere* sont pris souvent dans les textes pour cette manifestation expresse de la volonté de s'abstenir (2); mais rien n'indique qu'une forme quelconque ou un délai quelconque fussent imposés pour cette manifestation, ni même que cette manifestation fût indispensable, et il reste toujours le témoignage d'Ulpien réduisant l'abstention à un fait négatif : « *Sufficit se non miscuisse hereditati.* » Avec cela, à quelque moment et par qui que ce soit qu'il se trouve actionné, il pourra toujours dire : Mais je m'abstiens de l'hérédité. — Dans les effets; car, par suite de l'abstention, aucune action, aucune poursuite ne peut être dirigée par les créanciers contre l'héritier sien; tandis que, malgré la séparation des biens, ils conservent leurs actions contre l'héritier

(1) D. 29. 2. *De acq. vel omitt. heredit.* 12. f. Ulp. — (2) Au même titre, le même fragment, plus 71. §§ 3 à 9, d'Ulpien aussi.

nécessaire, mais seulement jusqu'à concurrence des biens héréditaires. — Les effets de l'abstention sont perdus pour les héritiers siens s'ils ont détourné ou fait détourner quelque chose de l'hérédité (1).

Du reste, l'héritier sien qui s'est abstenu ne cesse pas d'être héritier, mais il ne l'est que de nom. Il peut, tant que les biens n'ont pas été vendus par les créanciers (*cum nondum bona venierint — donec res paternæ in eodem statu permanent*), revenir sur son abstention et prendre l'hérédité : aucun délai n'était imposé à cet égard par l'ancien droit; Justinien en a fixé un de trois ans (2). Après la vente il ne le peut plus (3).

810. Il résulte de ce que nous venons de dire qu'à l'égard des héritiers nécessaires et des héritiers siens et nécessaires, il n'y a jamais *adition d'hérédité*. Cet acte, par lequel l'institué acquiert volontairement l'hérédité à laquelle il était appelé, leur est complétement étranger. L'acquisition a lieu pour eux de plein droit. — Mais, pour les héritiers siens, il n'y a pas *adition*, il y a *immixtion;* acte qui entraîne pour eux la renonciation au droit de s'abstenir, et qui les soumet aux actions des créanciers. Pour s'immiscer valablement et s'engager par cet acte, il faut que l'héritier sien soit capable de le faire : s'il était impubère, ou en démence, son immixtion ne l'engagerait pas, il pourrait toujours s'abstenir (4).

III. Ceteri qui testatoris juri subjecti non sunt extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres institutus a domino et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

3. Tous ceux qui ne sont pas soumis à la puissance du testateur se nomment héritiers externes. Ainsi nos propres enfants qui ne sont pas en notre puissance, institués par nous, sont héritiers externes. Il en est de même, par la même raison, des enfants institués par leur mère, car les femmes n'ont pas de puissance paternelle sur leurs enfants; et de l'esclave institué héritier par son maître, mais affranchi par lui depuis la confection du testament.

IV. In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id *duobus temporibus* inspicitur : *testamenti quidem*, ut constiterit institutio; *mortis vero testatoris*, ut effectum habeat. Hoc amplius *et cum adit hereditatem*, esse debet cum eo testamenti factio, sive

4. Il est de règle, pour les héritiers externes, qu'on ait avec eux faction de testament, soit qu'on les institue eux-mêmes, soit ceux qui sont en leur puissance; et cela *à deux époques : celle de la confection du testament* pour que l'institution existe, *et celle du décès du testateur*, pour qu'elle puisse avoir son effet. De plus, *au moment où l'institué*

(1) *Ibid*. 71. §§ 3 à 9. — (2) DIG. 28. 8. 8. f. Ulp. — Cod. 6. 31. 6. — (3) *Ib*. — Voyez pourtant : D. 42. 5. 6. pr. f Paul, spécial au pupille. — C'est une question controversée que de savoir s'il pouvait y avoir soit accroissement pour le cohéritier de la portion de celui qui s'était abstenu, soit dévolution au substitué ou à l'héritier subséquent. Il faut la résoudre négativement. — (4) D. 29. 2. 11 et 57 pr.

pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis eo maxime vel tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. *Medio autem tempore*, inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filius familias, et servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii adquirere possunt.

fait adition d'hérédité, la faction de testament doit encore exister avec lui, qu'il ait été institué purement et simplement ou conditionnellement; car c'est surtout à l'instant où il acquiert l'hérédité que l'héritier doit être capable. *Quant au temps intermédiaire* entre la confection du testament et la mort du testateur, ou l'accomplissement de la condition, le changement d'état ne nuit pas à l'héritier, parce qu'il n'y a, comme nous l'avons dit, que trois époques à considérer. Avoir faction de testament se dit, non pas seulement de celui qui peut tester, mais aussi de celui qui peut acquérir pour soi ou pour d'autres en vertu du testament d'autrui, bien qu'il ne puisse pas tester lui-même. Ainsi on dit que le fou, le muet, le postume, l'enfant, le fils de famille et l'esclave d'autrui ont faction de testament; car, bien qu'ils ne puissent faire de testament, cependant ils peuvent par testament acquérir pour eux ou pour un autre.

811. Les héritiers *externes*, qui forment la troisième classe d'héritiers, n'acquièrent l'hérédité que de leur propre volonté : c'est pour cela que les commentateurs les nomment héritiers volontaires. A leur égard, il faut distinguer entre l'hérédité déférée et l'hérédité acquise. L'hérédité leur est déférée du moment que leur droit se trouve ouvert : soit par la mort du testateur, s'ils ont été institués purement et simplement; soit par l'accomplissement de la condition, s'ils l'ont été sous condition. De ce moment, ils peuvent acquérir l'hérédité, s'ils le veulent; mais elle ne leur est pas encore acquise : elle ne l'est que par l'adition, c'est-à-dire par l'acceptation qu'ils en font. Cette distinction n'existe pas à l'égard des héritiers nécessaires, ni des héritiers siens; parce que l'hérédité leur est acquise de plein droit, en même temps qu'elle leur est déférée.

Cela posé, il s'agirait d'indiquer comment la volonté des héritiers externes pour l'acceptation de l'hérédité doit être manifestée; mais avant de traiter cette question le texte s'occupe de préciser à quelles époques ces héritiers doivent être capables.

Il y a ici une grande distinction à établir entre la capacité fondamentale, qui tient aux origines mêmes du droit romain et qui a toujours été exigée comme règle générale, la *testamenti factio;* et cette capacité spéciale, introduite par certaines lois exceptionnelles, exigée en plus de la *testamenti factio* pour être admis à recueillir les libéralités testamentaires, *jus capiendi ex testamento*, laquelle n'a eu qu'une existence transitoire dans la législation romaine, et qui n'existe plus sous Justinien. — Nous connaissons les différences existant dans la nature et dans les

conditions de ces deux sortes de capacité (ci-dess., nos 718 et suiv.); il y en avait aussi quant aux époques où l'existence de ces conditions devait être considérée. Voyons, avec le texte des Instituts, ce qui concerne la *testamenti factio*, seule capacité fondamentale exigée au temps de Justinien, et nous dirons ensuite historiquement quelques mots du *jus capiendi*.

812. La *testamenti factio*, pour les héritiers externes, était exigée à trois époques. *Duobus temporibus*, dit le texte; mais ce compte est incomplet, car il ajoute immédiatement une troisième époque et dit alors : *tria tempora inspici debent*. Ces trois époques sont :

1° *Testamenti quidem :* le texte nous en indique la nécessité; c'est pour la validité même du testament (*ut constiterit institutio*), qui sans cela serait nul dès le principe. — L'histoire nous en a donné l'explication : sous le testament *calatis comitiis*, pour qu'un citoyen pût être agréé par les comices comme successeur, comme continuateur de la personne de tel autre qui testait, il fallait bien qu'il existât et qu'il jouît des droits de cité (n° 640, note 2); sous la première forme du testament *per æs et libram* il le fallait bien aussi, pour que le futur héritier pût intervenir dans la mancipation, pût acheter le patrimoine, se faire *emptor familiæ*. Les formes changèrent, la nécessité en fait disparut, mais le principe juridique fut maintenu par tradition. — Il n'y avait pas de raison pour l'admettre dans notre législation.

2° *Mortis vero testatoris :* époque où le droit de l'institué s'ouvre, se réalise, se pose sur sa tête; pour que cela ait lieu (*ut effectum habeat*), il faut évidemment qu'il soit capable en ce moment. — Observons que, si l'institution était conditionnelle, cette seconde époque dont nous parlons ici n'aurait lieu qu'à l'accomplissement de la condition, parce que ce serait alors seulement que le droit s'ouvrirait. Le moment du décès ne serait donc plus à considérer; mais, à sa place, celui de l'accomplissement de la condition.

3° *Et cum adit hereditatem :* parce que c'est alors seulement qu'il acquiert l'hérédité (*quod adquirit hereditatem*); or, pour qu'il puisse acquérir il faut qu'il soit capable. Il résulte de là que si l'héritier institué vient à mourir après l'ouverture de la succession, mais avant d'avoir fait adition, ses droits s'évanouissent et il n'en transmet rien à ses successeurs, parce qu'ils étaient ouverts, mais non encore acquis. Tel était le droit rigoureux; cependant nous verrons qu'il avait reçu certains adoucissements.

En ce qui concernait le *jus capiendi*, nous savons que les conditions auxquelles ce droit était attaché s'exigeaient, non pas au moment de la confection du testament, car une pareille recherche suppose, avant tout, une institution ou une libéralité testamentaire valable dans son principe, mais au moment où il était question de recueillir (*capere*) l'hérédité ou le legs, et que même

un délai de cent jours était accordé au gratifié pour se mettre en règle à cet égard (ci-dess., n° 719 *bis*). Tel était le sens d'un fragment pris dans un commentaire de Terentius Clemens sur les lois Julia et Papia : « Non oportet prius de conditione cujusquam quæri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat (1) » : appliqué, comme l'avait fait le jurisconsulte, aux conditions voulues pour le *jus capiendi*, ce fragment ne présente aucune difficulté, mais inséré au Digeste de Justinien et paraissant s'y appliquer à la *testamenti factio*, il n'a pu que tourmenter les commentateurs.

813. *Medio autem tempore.* Il y a deux temps intermédiaires à considérer : 1° celui qui est placé entre la confection du testament et l'ouverture des droits, arrivée soit par la mort du testateur, soit par l'accomplissement de la condition ; 2° celui qui est placé entre l'ouverture des droits et l'adition. Les changements d'état et de capacité dans la personne de l'institué, pendant le premier intervalle, ne nuisent pas ; ainsi, qu'il ait été diminué de tête, fait esclave ou déporté après la confection du testament et avant l'ouverture des droits, peu importe, pourvu qu'à l'époque de cette ouverture il soit redevenu citoyen : il n'a rien perdu, puisqu'il n'avait encore aucun droit ouvert, mais seulement une espérance, et qu'au moment où cette espérance s'est réalisée il était capable. Mais le même changement survenu dans le second intervalle, après l'ouverture du droit, ferait perdre ce droit irrévocablement, l'hérédité se trouvant dévolue, soit au substitué, soit *ab intestat*; et quand même l'institué reprendrait plus tard sa capacité, il ne pourrait plus faire adition (2).

814. Tout ce que nous venons de dire n'était applicable aux héritiers nécessaires et aux héritiers siens qu'à l'égard des deux premières époques, celle de la confection du testament et de l'ouverture des droits ; puisque, pour eux, ces droits étaient acquis aussitôt qu'ouverts.

V. Extraneis autem heredibus *deliberandi potestas est* de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est immiscuerit se bonis hereditatis, sive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, *prætor succurrit.*

5. Les héritiers externes *peuvent délibérer* sur l'adition ou la répudiation à faire de l'hérédité; mais soit que celui en faveur de qui existe la faculté de s'abstenir se soit immiscé dans les biens héréditaires, soit que l'héritier externe qui peut délibérer ait fait adition, il n'est plus en son pouvoir de délaisser ensuite l'hérédité, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans. Car le préteur, ici comme dans tous les autres cas où ils ont été lésés, *vient au secours des mineurs de cet âge* qui se sont imprudemment chargés d'une hérédité onéreuse.

(1) D. 31, *De legat.* 2°. 52. f. Terent. Clem. — (2) D. 28. 2. 29. § 5. f. Scæv.

815. *Deliberandi potestas*. Ce paragraphe est relatif à ce qu'on nomme le *droit de délibérer*. Le Digeste et le Code ont chacun un titre spécial sur cette matière (1).

Dans le droit civil, l'héritier, sauf le cas d'une institution particulière dont nous parlerons bientôt, n'était soumis à aucun délai dans lequel il dût nécessairement accepter ou répudier l'hérédité. Mais, d'un autre côté, les personnes intéressées à ce qu'il se prononçât : par exemple, les créanciers, les légataires, les substitués, pouvaient l'actionner pour qu'il eût à déclarer s'il était héritier (*an heres sit*), et il était alors obligé de se prononcer. Dans cette position, le préteur établit par son édit que l'héritier pourrait demander un délai pour délibérer avant de répondre : « *Si tempus ad deliberandum petet, dabo.* » Tels étaient les termes de l'édit (2). Ainsi, le délai pour délibérer était demandé par l'héritier, sur les poursuites dirigées contre lui (3). Ce délai ne devait pas être de moins de cent jours (4). Justinien établit que les magistrats pourraient accorder jusqu'à neuf mois, mais que pour avoir un an il faudrait l'obtenir de l'empereur. Passé le terme fixé, l'héritier devait nécessairement accepter ou répudier; et faute de se prononcer, il était : à l'égard du substitué ou des héritiers *ab intestat*, si les poursuites étaient faites par eux, censé renonçant (5); et à l'égard des créanciers ou des légataires, si c'étaient eux qui le poursuivaient, censé acceptant, par la seule échéance du terme (6). — D'après une constitution de Justinien, s'il mourait avant l'expiration du délai accordé pour délibérer, dans l'année de l'ouverture de ses droits, il transmettait à son héritier tout ce qui restait de cette année avec la faculté de se prononcer à sa place (7). Ce fut là une dérogation remarquable au droit civil, puisque rigoureusement, étant mort avant d'avoir fait adition, il n'aurait rien dû transmettre à ses héritiers.

Le délai pour délibérer, bien qu'établi exclusivement pour les héritiers externes, pouvait être obtenu par les héritiers siens, lorsque, ne s'étant pas immiscés dans l'hérédité, mais voulant profiter, selon le cas, du droit qu'ils avaient de la prendre tant que la vente des biens par les créanciers n'avait pas eu lieu, ils demandaient un délai pour délibérer sur ce point, et faire surseoir en attendant à cette vente (8).

Prætor succurrit. C'est le secours, nommé *restitutio in integrum*, accordé généralement par le préteur aux mineurs de vingt-cinq ans, dans toutes les affaires où leur inexpérience avait pu leur occasionner quelque préjudice, secours dont nous avons déjà parlé, nos 265 et 269.

(1) D. 28. 8. *De jure deliberandi*. — Cod. 6. 30. — (2) D. 28. 8. 1. § 1. f. Ulp. — (3) D. 11. 1. 5. f. Gai. — 6. pr. f. Ulp. — (4) D. 28. 8. 2. f. Paul. — (5) D. 29. 2. 69. — (6) Cod. 6. 30. 22. § 14. — (7) Cod. 6. 30. 19. — (8) D. 28. 8. 8. f. Ulp.

VI. Sciendum tamen est divum Hadrianum etiam majori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit, et constitutionem tam æquissimam quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, et in tantum teneri quantum valere bona hereditatis, contingit; ut ex hac causa *neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium*, nisi omissa observatione nostræ constitutionis et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

6. Toutefois le divin Adrien releva même un majeur de vingt-cinq ans, parce qu'après l'adition d'hérédité, des dettes considérables, inconnues à l'époque de cette adition, vinrent à surgir. Mais ce ne fut là de la part du divin Adrien qu'une faveur spéciale et individuelle. Depuis, le divin Gordien l'étendit aux militaires seulement. Mais, dans notre bonté, nous avons rendu ce bienfait commun à tous les sujets de notre empire, et nous avons publié une constitution aussi équitable qu'illustre, telle qu'en observant ses dispositions il est permis de faire adition et d'être tenu seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens héréditaires. En sorte que par là *le secours d'aucune délibération n'est plus nécessaire;* à moins que, négligeant de suivre les règles de notre constitution, on ne préfère délibérer et se soumettre aux anciennes charges de l'adition.

816. Ce paragraphe est relatif à ce que les commentateurs ont nommé le *bénéfice d'inventaire*. Nous voyons par le texte comment ce droit spécial a été successivement introduit. En effet, d'après le droit civil, l'héritier qui a fait adition ne peut plus revenir sur cet acte : il est tenu de toutes les dettes et de toutes les charges de la succession, même au delà des biens qui la composent. Si la succession se trouvait plus onéreuse que lucrative, les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient bien se faire restituer par les préteurs, mais il n'en était pas de même pour les majeurs de vingt-cinq ans. Cependant, sur l'exemple donné par Adrien, les empereurs accordent à quelques-uns quelques restitutions exceptionnelles, par rescrit individuel, et pour des motifs particuliers, tels que la découverte de dettes d'abord cachées. Plus tard, l'empereur Gordien généralise cette faveur pour les militaires, et veut qu'ils ne soient jamais tenus au delà des forces de la succession. Enfin, Justinien transforme ce privilége en un droit commun, au profit de tous ceux qui auront eu soin de faire faire un inventaire de toutes les choses composant l'hérédité.

817. L'inventaire devait être commencé dans les trente jours à partir de la connaissance que l'héritier avait eue de ses droits, et terminé dans soixante autres jours; ou, si les biens étaient trop éloignés, dans l'année à partir de cette connaissance. Il devait être fait en présence du tabellion, des créanciers, des légataires et des tiers intéressés, ou, à leur défaut, de trois témoins.

818. Les effets principaux de cet inventaire étaient : 1° que l'héritier n'était tenu d'aucune dette ou charge au delà des forces de la succession; 2° qu'il ne s'opérait pas de confusion entre ses droits et ceux du défunt : ainsi, il conservait contre l'hérédité les

actions qu'il avait contre le défunt, et réciproquement; 3° qu'il avait le droit de se faire indemniser des frais funéraires, des frais d'inventaire et des autres dépenses nécessaires. — Il payait les créanciers et les légataires dans l'ordre où ils se présentaient; sauf aux derniers venus, pour lesquels il ne restait plus rien, à recourir sur les précédents, s'ils avaient sur eux quelques droits de préférence.

Telles sont, en résumé, les dispositions essentielles de la constitution de Justinien, à laquelle le texte nous renvoie (1).

819. *Neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium.* Justinien n'avait pas abrogé, par le bénéfice d'inventaire, celui de délibérer, mais il ne les avait pas cumulés l'un avec l'autre. C'était aux héritiers à choisir celui dont ils préféraient jouir. S'ils faisaient inventaire, par cela seul ils acceptaient; mais ils n'étaient tenus que jusqu'à concurrence des biens. S'ils demandaient le délai pour délibérer, ils pouvaient, à l'expiration du délai, se prononcer pour la renonciation ou pour l'acceptation; mais, en cas d'acceptation, ils étaient tenus des dettes au delà des biens.

VII. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest *aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate* suscipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, aut vendendo res hereditarias, aut prædia colendo locandove, et quoquo modo, si voluntatem suam declaret *vel re vel verbis* de adeunda hereditate: *dummodo sciat* eum in cujus bonis pro herede gerit *testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse*. Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, *ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur*. Eum qui *surdus vel mutus* natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere et adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.

7. L'héritier externe, institué par testament ou appelé *ab intestat* à l'hérédité légitime, peut, soit *en faisant acte d'héritier, soit même par la seule volonté* d'accepter l'hérédité, devenir héritier. Faire acte d'héritier, c'est user des biens héréditaires comme ferait un héritier; par exemple, en les vendant, en cultivant les fonds de terre ou les donnant à bail; en un mot, c'est manifester *par ses actes ou par ses paroles* la volonté où l'on est de faire adition d'hérédité : *pourvu toutefois qu'on sache* que celui sur les biens de qui on fait acte d'héritier *est mort testat ou intestat et qu'on est son héritier*. Car faire acte d'héritier, c'est faire acte de propriétaire; en effet les anciens employaient le mot *heres* pour signifier propriétaire. Mais de même que l'externe, par sa seule volonté, devient héritier, de même, *par sa volonté contraire, il se trouve à l'instant repoussé de l'hérédité*. Le sourd ou muet par naissance ou par accident peut faire acte d'héritier et acquérir l'hérédité; rien ne s'y oppose, pourvu qu'il comprenne ce qu'il fait.

820. Ce paragraphe traite de l'adition et de la répudiation des successions; de la forme du temps et des autres conditions à observer à cet égard.

821. Le mot *adition*, dont l'étymologie est si expressive (*adire*

(1) Cod. 6. 30. 22.

hereditatem, c'est-à-dire *ire ad hereditatem*, venir à l'hérédité), est l'expression générale qui désigne l'acceptation de l'hérédité par celui qui y était appelé. L'adition pouvait avoir lieu jadis de trois manières : ou par une déclaration sacramentelle, qu'on nommait *crétion;* ou par la manifestation expresse, mais non sacramentelle, soit écrite, soit verbale, de sa volonté d'accepter (c'était là ce que, dans un sens plus restreint, on nommait plus particulièrement *adition*); ou enfin par des actes d'héritiers qui, par eux seuls et de fait, indiquaient qu'on avait accepté, puisqu'on agissait comme un héritier (*pro herede gerere*).

822. La crétion n'avait lieu que lorsque le testateur l'avait imposée lui-même par son testament. Le but était de fixer à l'héritier un terme pour examiner l'hérédité, délibérer et en faire l'adition sacramentelle, faute de quoi, le délai passé, il était déchu. La formule d'une institution faite avec crétion était celle-ci : après l'institution, « *Heres Titius esto;* » on ajoutait : « *Cernitoque in* » *centum diebus proxumis quibus scies poterisque; quodni ita* » *creveris, exheres esto.* » Le délai de cent jours était le plus usité, cependant le testateur était libre d'en fixer un plus long ou plus court. L'héritier, avant l'expiration du terme, devait accepter en ces mots : « *Quod me Publius Titius testamento suo heredem* » *instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* » Tant que le délai n'était pas expiré, eût-il déclaré qu'il ne voulait pas être héritier, il pouvait revenir et faire la crétion, car il n'était déchu que par le terme. La crétion que nous venons de donner en exemple était celle qu'on nommait vulgaire (*vulgaris cretio*), dans laquelle le délai imposé à l'héritier ne devait compter que du jour où il saurait et pourrait (*quibus scies poterisque*). Mais si le testateur avait supprimé ces mots dans la formule, le délai devait commencer à courir immédiatement après l'ouverture des droits, et la crétion se nommait alors continue (*continua hæc cretio vocatur*). Comme elle était plus sévère, plus dure que l'autre, elle était moins usitée (*quia tamen dura est hæc cretio, altera magis in usu habetur*). Telle était la crétion, mot dont Gaius nous donne l'étymologie : « Cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere. » Cette institution, à part la rigueur sacramentelle des termes, n'était pas sans une grande utilité, surtout avant que le préteur eût établi par son édit qu'il donnerait un délai pour délibérer, puisque le testateur, par la crétion, donnait lui-même ce délai, et empêchait que son hérédité ne pût rester incertaine. Toutefois, la crétion, encore en pleine vigueur à l'époque de Gaius et d'Ulpien, dont nous avons tiré ces détails (1), fut supprimée expressément en 407, par une constitution d'Arcadius, Honorius et Théodose, que nous trouvons insérée au Code (2). Il n'en est

(1) Gai. 2. § 164 et suiv. — Ulp. Reg. 22. 27 et suiv. — (2) Cod. 6. 30. 17.

donc plus question sous Justinien. Les deux autres manières d'accepter sont les seules qui restent; savoir :

823. *Aut pro herede gerendo*, en faisant acte d'héritier ; ou, selon les autres expressions du texte, *re*, par le fait. Nous avons ici plusieurs exemples de pareils actes; c'est toujours par l'intention qu'ils manifestent qu'il faut les juger : s'ils indiquent bien la volonté de se porter héritier et d'agir en cette qualité, ils emportent adition; mais il n'en serait pas ainsi s'ils n'étaient que le résultat d'une erreur, ou s'ils ne constituaient que des mesures conservatoires (1).

824. *Aut etiam nuda voluntate*, ou, comme le dit plus bas le texte, *vel verbis* : c'est-à-dire par la simple déclaration, par la seule expression de sa volonté : c'est là ce qu'on nomme l'adition proprement dite. Cette déclaration n'est soumise à aucune forme.

825. *Dummodo sciat testatum intestatumve obiisse et se ei heredem esse*. Il n'y a aucune adition valable si elle est faite avant la mort du testateur, ou avant l'accomplissement de la condition, lorsqu'il s'agit d'une institution conditionnelle; en effet, les droits ne sont pas même encore ouverts, ils ne peuvent donc pas être acceptés. — Il ne suffit pas que les droits de l'héritier soient ouverts par la mort ou par l'accomplissement de la condition, il faut encore que l'héritier en ait la connaissance et la certitude; sinon, que signifierait de sa part une adition faite dans l'ignorance ou dans le doute de son droit? — Il faut de plus qu'il sache qu'il est héritier; car les actes qu'il ferait, ignorant cette qualité, et agissant, par exemple, comme mandataire ou comme gérant d'affaires, ne sauraient emporter adition de sa part; — qu'il sache s'il l'est par testament ou *ab intestat*; autrement, ne connaissant pas la nature de l'hérédité, il ne saurait pas ce qu'il accepte : l'adition qu'il ferait pour l'une, il ne la ferait pas peut-être pour l'autre; — et enfin, par la même raison, qu'il sache en vertu de quel testament; mais il n'est pas nécessaire que l'ouverture des tables du testament ait déjà eu lieu (2). — Telles sont les conditions pour la validité de l'adition : hors de là, l'adition serait un acte entièrement nul et non avenu (3).

826. Dans le cas particulier où il s'agissait de l'hérédité d'un citoyen mort victime d'un meurtre, les tables du testament ne pouvaient être ouvertes, l'adition elle-même ne pouvait être faite, avant qu'il eût été procédé à la question des esclaves du défunt, selon ce qu'ordonnait le sénatus-consulte SILANIEN; de peur que l'héritier ne contribuât, par intérêt, à celer le crime des esclaves (4).

---

(1) *Pro herede gerere* se prend aussi, dans un sens tout à fait général, pour tout acte ou parole emportant qualité d'héritier, y compris même l'adition expresse. — (2) COD. 6. 51. 1. § 1. — (3) Voir, sur tous ces points, D. 29. 2. 19. 22. 32. 33. 34 et 51. pr. — (4) D. 29. 5. 3. §§ 18 et 29.

827. *Ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.* La répudiation de l'hérédité, de même que l'adition, peut avoir lieu soit par déclaration formelle, soit par des actes qui en indiquent suffisamment la volonté : « Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis », nous dit Paul dans ses Sentences, et nous trouvons ce passage reproduit au Digeste (1). — Elle ne le peut que dans les mêmes circonstances où l'adition le pourrait aussi. « *Si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset* (2). » — Comme l'adition, elle est irrévocable : celui qui a répudié ne peut plus revenir sur sa détermination, à moins qu'il ne soit dans le cas d'obtenir une *restitutio in integrum* (3); mais rien ne l'empêcherait, si l'hérédité qu'il a répudiée lui était déférée à un autre titre, de l'accepter, par exemple comme substitué, ou comme héritier *ab intestat* (4).

828. *Qui surdus vel mutus.* Il faut examiner ici quelles sont les personnes qui peuvent ou non accepter ou répudier une hérédité. Nous avons déjà traité ce sujet à l'égard du pupille (n° 239). Nous avons vu que l'adition et la répudiation étaient au nombre de ces actes qui ne pouvaient être faits par procureur : la personne intéressée devait agir elle-même. Il résultait de là que ni le pupille *infans*, ni le citoyen en démence ne pouvaient accepter l'hérédité qui leur était déférée : ni leur tuteur, ni leur curateur pour eux. Cependant Théodose et Valentinien le permirent au tuteur pour le pupille *infans* (5); et Justinien, résolvant les doutes quant au fou, permit à son curateur de demander pour lui la possession des biens (6). Le pupille au-dessus de l'enfance pouvait accepter avec l'autorisation de son tuteur (7); le prodigue interdit le pouvait par sa seule volonté (8); le sourd-muet, en gérant comme héritier : pourvu qu'il eût l'intelligence de son droit et de ses actes. Les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient obtenir la *restitutio in integrum* contre leur acceptation; quant à ceux qui étaient au pouvoir d'autrui, ils ne pouvaient faire adition qu'avec le consentement et par ordre du chef. Il était permis au chef de faire lui-même adition pour son fils de famille *infans* (9). — Il est bien entendu, du reste, que tout ce que nous venons de dire de l'adition s'applique également à la répudiation.

829. Nous avons déjà expliqué comment les jurisconsultes de l'école de Cassius avaient admis que l'adition s'opérait avec une

---

(1) Paul. Sent. 4. 4. 1. — D. 29. 2. 95. — (2) D. 29. 2. 13. f. Ulp. — (3) Cod. 6. 31. 4. — (4) D. 29. 2. 76. § 1. — 17. f. Ulp. Il est à remarquer que d'après ce fragment d'Ulpien, la renonciation faite comme héritier institué n'emporte pas renonciation comme héritier légitime, mais la renonciation faite comme légitime, sachant qu'on est institué, emporte renonciation en ces deux qualités : car renoncer à l'hérédité légitime, qui ne vient qu'à défaut de l'autre, c'est supposer en quelque sorte qu'on a tacitement et préalablement renoncé à l'hérédité testamentaire, qui la précède. — (5) Cod. 6. 30. 18. § 2. — (6) Cod. 5. 70. 7. § 3. — (7) D. 29. 2. 9. f. Paul. — (8) D. 29. 2. 5. § 1. — (9) Cod. 6. 30. 18.

sorte d'effet rétroactif, et combien était étroite, d'ailleurs, pour les controverses du droit civil, l'application de cette idée, qui ne nous est offerte par les textes qu'en un seul cas (Voir nos 645 et 1293).

ACTIONS RELATIVES AUX HÉRÉDITÉS TESTAMENTAIRES.

830. En tête de ces actions se placent l'action en pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) et l'action en partage (*familiæ erciscundæ*), qui s'appliquent non-seulement aux hérédités testamentaires, mais à toutes.

830 *bis*. La pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) est donnée à celui qui se prétend héritier, soit par lui-même, soit par autrui, pour poursuivre et vendiquer son droit héréditaire dans les mains de ceux qui détiennent au préjudice de son droit, soit l'hérédité, soit une partie ou une chose ou un droit quelconque de cette hérédité. — Cette action est réelle, mais elle peut entraîner, en outre, des condamnations personnelles. — Ce n'est jamais un objet, une chose en particulier, qu'elle a pour but de vendiquer, c'est le droit d'hérédité lui-même. Le demandeur soutient qu'il est héritier, en totalité ou pour partie, peu importe, et ce n'est que comme conséquence de cette qualité d'héritier qu'il réclame la restitution des choses héréditaires. — Il suit de là que la pétition d'hérédité ne peut pas être exercée contre tout détenteur, mais seulement contre ceux dont le titre de possession constitue une dénégation, un empiétement du droit héréditaire du réclamant. Ainsi elle est donnée contre tous ceux qui possèdent *pro herede*, c'est-à-dire comme étant eux-mêmes héritiers à un titre quelconque, soit par la loi, soit par testament, fidéicommis ou possession des biens; elle est donnée aussi contre ceux qui possèdent *pro possessore*, c'est-à-dire sans aucun titre que le fait de leur possession, sans invoquer aucun droit, et qui, interrogés sur ce point, répondent: *Possideo quia possideo;* mais ceux qui possèdent la chose comme leur ayant été donnée, léguée, vendue (*pro donato, pro legato, pro empto*), ou à tout autre titre singulier, ceux-là ne contestent en rien la qualité d'héritier du réclamant, ne prétendent à aucun empiétement sur cette qualité; ce n'est donc pas par la pétition d'hérédité, mais par des actions particulières, selon le cas, que l'héritier peut réclamer, s'il y a lieu, les choses qu'ils possèdent. — L'action en pétition d'hérédité ne s'éteint que par la prescription de trente ans (1).

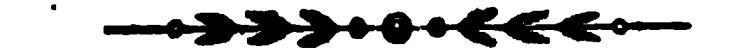
831. L'action *familiæ erciscundæ* a pour but de faire opérer le partage de l'hérédité; — elle est donnée à l'héritier contre son cohéritier; — elle n'a lieu qu'après l'adition, entre ceux qui ne se contestent pas la qualité d'héritier; car si cette contestation était élevée, il faudrait d'abord la faire vider par la pétition d'hérédité.

---

(1) D. 5. 3, *De hereditatis petitione*. — C. 3. 31, *De petitione heredit.*

— Elle n'est applicable qu'à l'universalité de la succession et non à des objets particuliers. — L'office du juge est d'adjuger à chacun sa part héréditaire, et de condamner, de plus, s'il y a lieu, les héritiers à certaines prestations personnelles les uns envers les autres. — L'action *familiæ erciscundæ* est imprescriptible en ce sens que, tant que les cohéritiers restent dans l'indivision, elle peut être intentée pour faire cesser cette indivision si longtemps qu'elle ait duré; mais, à l'égard de ceux qui ont possédé séparément certaines parts héréditaires, comme par un partage de fait, l'action *familiæ erciscundæ,* pour faire opérer un partage de droit, est prescrite par trente ans (1).

832. A ces actions, générales pour toutes les hérédités, tant légitimes que testamentaires, il faut joindre les actions spéciales au cas d'hérédité testamentaire, savoir : l'action contre le testament inofficieux (*querela inofficiosi testamenti*), qui est une sorte particulière de pétition d'hérédité *ab intestat* contre ceux qui ont été inofficieusement institués; l'action en complément de la légitime, et l'action contre les donations inofficieuses (*querela inofficiosæ donationis*), dont nous avons suffisamment parlé ci-dessus.



RÉSUMÉ DU LIVRE SECOND.

(TITRE X A XIX.)

SUCCESSIONS PAR UNIVERSALITÉ. — HÉRÉDITÉS TESTAMENTAIRES.

Les successions par universalité avaient lieu non-seulement pour les morts, mais encore, dans plusieurs cas, pour les vivants. Ces dernières sont supprimées sous la législation des Instituts; il ne reste plus que les premières, c'est-à-dire les *hérédités.*

Le mot *hérédité* a deux sens : il signifie ou la succession à l'universalité des biens et des droits d'une personne décédée, ou cette universalité elle-même, l'ensemble du patrimoine, nommé autrefois *familia.*

Tant que l'hérédité n'est pas encore acquise, elle soutient et continue elle-même la personne du défunt.

L'hérédité est déférée par testament ou par la loi; celle-ci ne vient qu'à défaut de l'autre, ils s'excluent absolument : de telle sorte qu'en règle générale, nul ne peut être partie testat et partie intestat.

Forme des testaments.

Les anciens Romains ont eu deux sortes de testaments : — l'un fait dans la paix et le repos, au sein des comices spéciaux, nommés *calata*

---

(1) D. 10. 2, *Familiæ erciscundæ.* — Cod. 3. 36, *Familiæ ercisc.* et 38, *Communia utriusque*, etc.

comitia; d'où est venu pour ce testament le nom de *testamentum calatis comitiis;* — l'autre, fait au moment d'aller au combat, devant l'armée équipée et sous les armes (*in procinctu*); — à ces deux formes primitives de tester s'en joignit une troisième, le testament *per æs et libram*, par lequel le patrimoine, considéré comme *res mancipi*, était vendu en masse par le testateur, avec les formalités de la mancipation, à un acheteur (*familiæ emptor*) qui, dans le principe, était le futur héritier lui-même, et qui plus tard ne fut plus qu'un tiers intervenant par pure formalité, *propter veteris juris imitationem.* Dès lors, le testament *per æs et libram* se composa de deux formalités distinctes : la mancipation de l'hérédité (*familiæ mancipatio*) et la nuncupation du testament (*nuncupatio testamenti*), ou déclaration formelle que faisait le testateur de ses volontés.

Le droit prétorien supprima la nécessité de la mancipation; mais il exigea l'apposition extérieure des cachets de sept témoins. — Les empereurs ajoutèrent à cette formalité celle de la *subscription,* c'est-à-dire de la signature intérieure du testateur et des témoins. — Et alors, de la fusion du droit civil avec le droit prétorien et avec le droit impérial, naquit la forme de testament en usage sous Justinien, nommé par les commentateurs *testamentum tripartitum,* parce qu'il dérive d'une triple source; testament qui doit être fait d'un seul contexte, avec l'assistance de sept témoins spécialement convoqués, leur subscription ou signature intérieure et celle du testateur, et enfin leurs cachets.

Parmi les témoins ne peuvent figurer : les femmes, les impubères, les esclaves, les insensés, les sourds, les muets, les prodigues interdits, les personnes déclarées improbes et indignes de tester, les membres de la famille du testateur ou de l'héritier, ni l'héritier lui-même, quoiqu'il le pût, selon le droit civil, dans le testament *per æs et libram,* à l'époque où le *familiæ emptor* n'était qu'un tiers intervenant. — Mais les légataires, les fidéicommissaires et les membres de leur famille peuvent être témoins. — Du reste, les conditions de capacité ne doivent être considérées, dans les témoins, qu'au moment de la confection du testament.

Nul, en général, ne peut avoir plus d'un testament; mais le même peut être fait en plusieurs exemplaires originaux.

Il n'est pas indispensable que le testament soit fait par écrit. S'il est fait par une simple nuncupation verbale, en présence du nombre de témoins voulu, il est valable.

Les militaires ont obtenu des constitutions impériales plusieurs priviléges importants quant à leurs testaments, soit pour leur propre capacité de tester, soit pour la capacité de ceux à qui ils veulent laisser leurs biens, soit pour la forme de l'acte, soit pour l'étendue et la forme de leurs dispositions. — Quant à la forme, la règle est que leur volonté, de quelque manière qu'elle soit prouvée, pourvu qu'elle le soit et qu'elle ait été sérieuse de leur part, suffit pour constituer un testament valable. — Mais ces priviléges n'existent qu'autant qu'ils sont militaires, dans les camps et en expédition. Et même après le congé le testament militaire ne conserve sa validité que pendant un an.

Il existe encore quelques autres testaments dispensés des formes ordinaires à cause de certaines circonstances exceptionnelles.

Pour tester, il faut avoir la *faction de testament.* Cette expression, dans l'origine, signifiait le pouvoir de concourir à la confection d'un testament, soit comme testateur. soit comme *familiæ emptor,* soit comme témoin. Mais dès le temps de Gaius et d'Ulpien, le sens en était modifié;

elle signifiait deux choses : 1° la capacité de faire un testament; 2° celle de recevoir et d'acquérir, pour soi ou pour autrui, par le testament d'un autre.

La faction de testament dans la personne du testateur se compose du droit d'avoir un testament et de la capacité d'exercer ce droit. Il y a à cet égard deux époques à considérer : celle de la confection du testament et celle de la mort; plus le temps intermédiaire. La capacité d'exercer le droit n'est exigée qu'à la première de ces époques; mais le droit en lui-même l'est aux deux époques, et même dans le temps intermédiaire, depuis le testament jusqu'à la mort, sans interruption : sauf les adoucissements apportés par le droit prétorien à cette rigueur de principes.

La faction de testament n'était pas de droit privé, mais de droit public : il fallait l'avoir reçue de la loi.

Les esclaves, les captifs chez l'ennemi, les *peregrini*, ceux dont l'état était incertain et douteux, ceux déclarés *intestabiles*, enfin les fils de famille ne l'avaient pas. — Toutefois, à l'égard du captif chez l'ennemi, le testament fait en captivité était bien nul, quelque chose qu'il arrivât; mais quant au testament fait avant la captivité, il était valable : soit en cas de retour dans la cité, par l'effet du *postliminium*; soit en cas de mort chez l'ennemi, par l'effet de la loi *Cornelia*. — A l'égard des fils de famille, il leur fut permis de tester : d'abord sur leur pécule castrans, et ensuite sur leur pécule quasi-castrans.

Les impubères, les insensés, les prodigues interdits, les sourds et muets sans moyen de manifester leur volonté, étaient privés, non pas du droit d'avoir un testament, mais de la capacité de le faire. Les aveugles ne pouvaient tester qu'avec les formalités prescrites par l'empereur Justin.

Exhérédation.

Malgré la latitude que le droit primitif laissait au chef de famille sur la disposition testamentaire de ses biens, il fut obligé, tant par l'interprétation des prudents que par l'autorité des préteurs et des empereurs, d'instituer ou d'exhéréder formellement ceux qui, placés sous sa puissance, devaient être ses héritiers d'après la loi.

L'exhérédation se faisait de deux manières : ou nominativement (*nominatim*) : *Titius filius meus exheres esto;* ou collectivement (*inter ceteros*) : *ceteri exheredes sunto*. Du reste, pour qu'il pût y avoir lieu à exhéréder un descendant, il fallait de toute nécessité qu'il fût héritier sien; car, pour le repousser de l'hérédité (*exheredare*), il fallait qu'il y fût appelé.

D'après le droit civil, les enfants soumis sans intermédiaire à la puissance du chef étant seuls héritiers siens, eux seuls devaient être exhérédés. A leur égard, il existait une différence entre les fils mâles au premier degré, et les filles, petites-filles ou autres : les premiers devaient être exhérédés nominativement, et leur omission rendait le testament nul dès son origine; les autres pouvaient être exhérédés en masse (*inter ceteros*), et, en cas d'omission, ils avaient seulement droit de venir en concours, pour une certaine part, avec les héritiers institués.

Les postumes, étant des personnes incertaines, ne pouvaient, d'après le droit civil, ni être institués ni être exhérédés à l'avance : leur naissance, quand ils étaient héritiers siens, devait nécessairement rompre le testament antérieur. Pour prévenir cette rupture, l'usage permit au

chef de famille d'instituer ou d'exhéréder les postumes siens. Les mâles devaient être exhérédés nominativement, c'est-à-dire par désignation spéciale de la classe des postumes mâles; quant aux femmes, elles se trouvaient comprises dans l'exhérédation collective, *ceteri exheredes sunto*, pourvu que le testateur eût indiqué, en leur laissant un legs, si petit qu'il fût, qu'il les avait bien eues en vue et les avait comprises dans cette exhérédation générale.

La loi Junia Velleia étendit cette permission à l'égard des enfants qui pourraient naître avant la mort du testateur, mais après la confection du testament; elle permit aussi d'exhéréder à l'avance ceux qui, déjà nés au moment du testament, mais étant précédés dans la famille par leur père, n'étaient pas héritiers siens à cette époque, mais pouvaient le devenir par la suite, si leur père venait à mourir ou à sortir de la famille. — Les enfants auxquels se rapportait cette loi ont été désignés sous le nom de *quasi-postumes velléiens*.

L'omission d'un postume ou d'un quasi-postume ne rendait pas le testament nul dès son principe; mais il était rompu à l'époque de leur agnation ou quasi-agnation.

Le droit prétorien ayant appelé les enfants émancipés à la possession des biens au rang des héritiers siens, imposa la nécessité de les instituer ou de les exhéréder; sinon il leur donnait la possession des biens contre les tables du testament.

A l'égard des enfants adoptifs, tant qu'ils étaient dans la famille adoptive, le père adoptant seul était obligé de les instituer ou de les exhéréder; mais, s'ils étaient émancipés du vivant de leur père naturel, par leur père adoptant, quoique, selon le droit civil, aucun ne fût plus obligé de les instituer ni de les exhéréder, le préteur, les appelant à la possession des biens dans la succession du père naturel, imposait à celui-ci la même obligation à leur égard qu'à l'égard des enfants qu'il aurait émancipés lui-même.

Justinien supprime toute différence entre les fils, d'un côté, et les filles ou petites-filles, de l'autre; et, à l'égard des postumes, entre ceux du sexe masculin et ceux du sexe féminin. L'exhérédation doit être faite nominativement pour tous, sans distinction; et leur omission entraîne toujours la nullité ou la rupture entière du testament. — Il confirme le droit prétorien à l'égard des enfants émancipés. — Quant aux enfants adoptifs, il renvoie au droit nouveau qu'il a établi sur l'adoption, qui, d'après ce droit, ne détruit plus la puissance paternelle du père naturel, et ne donne que des droits *ab intestat* sur la succession du père adoptif, à moins que l'adoption n'ait été faite par un ascendant.

Institution d'héritier.

L'institution d'héritier est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers; elle est comme la tête et le fondement de tout le testament. — Le fondement, car si l'institution tombe, toutes les autres dispositions tombent également. — La tête, car jadis elle devait être placée nécessairement en tête du testament; d'après Justinien, peu importe sa place, pourvu qu'elle y soit. — Elle devait aussi être faite en termes solennels, conçus impérativement dans le style de la loi : cette solennité de termes a été supprimée par Constantin II.

Peuvent être institués héritiers ceux qui ont faction de testament avec le testateur. — Il a été fait une distinction, dans l'ancienne jurispru-

dence romaine, entre le droit d'être institué (*testamenti factio*) et celui de recueillir les libéralités testamentaires (*jus capiendi ex testamento*) : cette distinction n'existe plus sous Justinien. Parmi les personnes qui ne pouvaient être instituées figuraient les déditices, les femmes en vertu de la loi Voconia, les personnes incertaines, et par conséquent les postumes, à l'exception des postumes siens. Parmi les personnes privées totalement ou en partie du *jus capiendi ex testamento* se trouvaient les Latins Juniens, les célibataires, les personnes sans enfant légitime. Il n'est plus question, sous Justinien, d'aucune de ces incapacités. Mais les *peregrini*, les déportés, les apostats, les hérétiques, ne peuvent encore être institués; et il existe, en outre, quelques causes d'incapacité relative, à l'égard des enfants incestueux du second conjoint et des enfants naturels.

A part ces divers cas, tous les Romains, et leurs esclaves pour eux, ont faction de testament.

Quant aux esclaves, on peut instituer les siens propres, comme ceux d'autrui. — Pour les siens propres, il fallait autrefois, d'après certains jurisconsultes, les affranchir expressément par le même testament; Justinien supprime cette controverse : l'institution suppose de plein droit l'affranchissement. Il faut distinguer, à leur égard, s'ils sont ou s'ils ne sont pas restés en la même situation; c'est-à-dire au pouvoir du testateur : tant qu'ils y restent, la validité de leur institution dépend essentiellement de celle de l'affranchissement exprès ou tacite qui y est joint; et, le testateur venant à mourir, ils deviennent à la fois, en vertu du testament, libres et héritiers nécessaires. Mais, s'ils changent de condition, c'est-à-dire s'ils sont affranchis ou aliénés du vivant du testateur, il en est dès lors de leur institution comme s'il s'agissait de celle des esclaves d'autrui. — A l'égard de ceux-ci, on peut les instituer si l'on a faction avec le maître; même lorsqu'ils appartiennent à une hérédité vacante, parce que l'hérédité, tant qu'elle n'est pas recueillie, représente le défunt. L'hérédité n'est pas acquise de plein droit et forcément par les esclaves ainsi institués; elle ne l'est que volontairement, par l'adition et seulement au moment de l'adition, pour eux-mêmes, s'ils sont libres à cette époque; sinon pour le maître qu'ils ont alors et par l'ordre duquel l'adition est faite; car l'institution posée sur la tête d'un esclave le suit de main en main et se promène avec le domaine, jusqu'à l'adition. S'il a plusieurs maîtres, il acquiert l'hérédité, proportionnellement, à chacun de ceux pour lesquels l'adition est faite.

On peut instituer un seul ou plusieurs héritiers; mais seul ou à eux tous, il faut qu'ils aient toute l'hérédité et qu'ils n'aient rien que l'hérédité. En conséquence, si la distribution de parts faite par le testateur ne complète pas ou si elle excède l'hérédité, ces parts doivent être augmentées ou réduites proportionnellement.

Les Romains avaient imaginé à cet égard un système ingénieux, qui consistait à attribuer à chacun des héritiers, quel que fût leur nombre, une quotité quelconque de parts au gré du testateur : la valeur de chacune de ces parts était déterminée ensuite par leur nombre total, de sorte qu'en somme elles ne faisaient jamais ni plus ni moins que l'hérédité. — Cependant un usage tiré du système métrique d'alors faisait opérer communément cette division en douze parts nommées *onces*; car on considérait l'hérédité comme un *as*, c'est-à-dire comme un entier quelconque qu'il s'agissait de peser, de distribuer par poids entre les héritiers. Du reste, ce n'était qu'un usage et non pas une loi, le testa-

teur étant toujours maître de diviser son hérédité en autant d'onces qu'il voulait. — Mais, s'il avait laissé un ou plusieurs héritiers sans parts, alors l'usage devenait règle; il était censé nécessairement avoir suivi la division commune de l'*as*, en douze onces par simple pesée, en vingt-quatre onces par double pesée (*dupondio*), en trente-six onces par triple pesée (*tripondio*), ou ainsi de suite, selon le nombre de parts déjà indiquées par lui; et celui ou ceux qui étaient institués sans parts indiquées prenaient toutes celles qui restaient pour compléter les douze, les vingt-quatre ou les trente-six onces dont l'hérédité devait se composer.

L'institution peut être faite purement et simplement ou sans condition, elle ne peut pas l'être à partir d'un terme fixe ni jusqu'à un terme fixe; mais elle peut l'être à partir d'un terme incertain, car dans les testaments le terme incertain fait condition. — Les termes fixes ou les conditions impossibles ou contraires aux lois, mis dans une institution, ne la rendent pas nulle; mais ils sont considérés comme non avenus, et l'institution comme pure et simple. — Dans le cas d'institution conditionnelle, l'accomplissement de la condition n'a pas un effet rétroactif, en ce sens que le droit de l'institué conditionnel soit censé ouvert du jour du décès du testateur : il ne s'ouvre que du moment de cet accomplissement et se règle par les conditions de capacité à cette époque.

Substitutions.

Les substitutions, dont le nom vient de *sub-instituere*, instituer au-dessous, ne sont toutes que des institutions conditionnelles placées secondairement sous une institution principale; elles avaient toutes pour effet de prévenir certaines chances de mourir intestat. — On en distinguait de deux sortes : la *vulgaire*, la *pupillaire*; Justinien en a ajouté une troisième : la *quasi-pupillaire* ou *exemplaire*.

La substitution vulgaire, ainsi nommée parce qu'elle était la plus commune, n'est qu'une institution conditionnelle pour le cas où les premiers institués ne seraient pas héritiers, soit par refus, soit par incapacité. — On peut pousser cette substitution en autant de degrés qu'on veut : substituer plusieurs à un seul, ou un seul à plusieurs, ou un tel à tel autre, ou même les institués entre eux. — Dans ce dernier cas, ceux qui sont héritiers recueillent la part de ceux qui ne le sont pas, non par droit d'accroissement, mais par droit de substitution; non en exécution de leur première adition, mais par une adition nouvelle, et s'ils sont encore capables de recueillir; non forcément, mais volontairement. Du reste, à moins de disposition contraire, ils ont dans la substitution les mêmes parts que dans l'institution. — Celui qui est substitué à un substitué est censé l'être également et tacitement à l'institué lui-même, sans distinguer si ce sont les droits de cet institué ou de son substitué immédiat qui sont devenus caducs les premiers.

La substitution vulgaire s'évanouit par les mêmes causes générales qui font évanouir toute institution, et, en outre, si la condition sous laquelle elle est faite vient à défaillir, c'est-à-dire si l'institué devient héritier. — En sens inverse, elle s'ouvre lorsque, après l'ouverture de la succession, il est devenu certain que l'institué n'est pas héritier.

La substitution pupillaire est l'institution d'un héritier, faite par le chef de famille dans son propre testament, pour l'hérédité du fils impubère soumis à sa puissance, en cas que ce fils, lui survivant, meure impubère. C'est, à proprement parler, le testament du fils fait par le

chef, en accessoire du sien. — La même personne peut être substituée au fils, à la fois vulgairement et pupillairement : et même, à moins de déclaration contraire, une de ces substitutions entraîne toujours l'autre.

On peut substituer aux enfants, aux petits-enfants qu'on a sans intermédiaire sous sa puissance, et il faut que cette puissance existe au moment de la substitution et au décès; à ceux qu'on a exhérédés comme à ceux qu'on a institués; aux posthumes, dans le cas où, en les supposant nés au décès du testateur, ils seraient nés sous sa puissance sans intermédiaire, et aux quasi-posthumes. Pour les impubères adrogés, l'adrogeant donne caution au substitué de lui rendre les biens de l'adrogé, s'il meurt avant la puberté; et la substitution pupillaire que l'adrogeant aurait faite lui-même ne portera que sur les biens qui proviendront de lui. — La substitution peut être faite soit à chacun des enfants, soit au dernier mourant impubère.

Le père peut substituer pupillairement tous ceux qu'il peut instituer pour lui-même; et s'ils ont la qualité d'héritiers nécessaires à son égard, ils l'auront aussi à l'égard du fils. — Il peut substituer tous autres que ses héritiers; ou bien ses héritiers, soit nommément, soit généralement : dans ce dernier cas, sont appelés ceux qui auront été à la fois et inscrits et héritiers.

La substitution pupillaire peut être faite soit dans le même testament que l'institution, soit dans un testament postérieur et séparé; mais elle est toujours l'accessoire du testament paternel, et s'il tombe, elle tombe aussi. — Cependant le moindre effet conservé au testament, soit par le droit strict, soit par le droit prétorien, suffit pour maintenir la substitution.

La substitution s'évanouit si la condition vient à défaillir, c'est-à-dire si l'enfant arrive à la puberté : plusieurs autres causes, soit particulières, soit générales à toutes les institutions, la font également évanouir.

Lorsqu'elle s'accomplit et produit ses effets, elle embrasse tous les biens qui composent l'hérédité de l'impubère; le testateur ne pourrait pas lui-même en excepter une partie.

Le privilége militaire produit plusieurs exceptions à ces règles, en faveur des militaires.

On peut obtenir, par rescrit du prince, l'autorisation de substituer même à son fils pubère, que l'état de sourd et muet, de folie, ou toute autre cause, empêche de pouvoir faire lui-même son testament.

Justinien, généralisant cette autorisation, en a tiré, pour le cas de folie, une substitution particulière, nommée par les commentateurs *exemplaire* ou *quasi-pupillaire*, qui diffère de la substitution pupillaire, notamment : 1° en ce que tous les ascendants ont la faculté de la faire, soit qu'ils aient, soit qu'ils n'aient pas la puissance paternelle; 2° en ce qu'il ne leur est permis d'appeler, par cette substitution, à l'hérédité de l'insensé, que certaines personnes désignées en première ligne par la loi.

Infirmation des testaments.

Le testament est *injustum, non jure factum, imperfectum,* lorsqu'il n'a pas été fait selon le droit, et qu'on a négligé dans sa confection une des règles indispensables à sa validité : dès lors il est nul dès son principe (*nullum ab initio; nullius momenti; inutile*).

Le testament, quoique valable dans le principe, est rompu, *ruptum,*

lorsqu'il est cassé, révoqué par l'agnation ou quasi-agnation postérieure d'un héritier sien, ou par un testament postérieur. — La rupture par l'agnation ou quasi-agnation peut, dans certains cas, être évitée, d'après les règles exposées sur l'institution et l'exhérédation. — Il n'est pas indispensable, pour rompre un testament, d'en faire un autre : la destruction volontaire de l'acte lui-même emporterait suffisante révocation. D'après une constitution de Théodose, les testaments ne devraient même plus être valables après dix ans de date; mais Justinien exige, en outre, que leur révocation soit déclarée par acte authentique ou devant trois témoins.

Le testament est *irritum* lorsque, régulier et valable par lui-même, il devient néanmoins inutile, parce que le testateur a changé de personne, d'état et de capacité. — Toutes les diminutions de tête produisaient cet effet, sauf les priviléges provenant de l'état militaire.

Les testaments, quoique rompus (*rupta*) ou devenus inutiles (*irrita*) selon le droit rigoureux, pouvaient néanmoins, dans certains cas, conserver leur effet suivant le droit prétorien, et servir à obtenir la possession des biens *secundum tabulas*, parce que le préteur ne considérait, pour la validité, que deux époques : celle de la confection du testament et celle du décès, sans avoir égard au temps intermédiaire. De sorte que si la rupture ou si la diminution de tête, survenue dans le temps intermédiaire, était réparée avant le décès, l'édit rendait au testament son effet prétorien.

Testaments inofficieux et portion légitime.

Le testament inofficieux est celui qui est contraire aux devoirs de la piété entre parents (*quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*). — Quoique valable selon le droit rigoureux, l'usage s'est introduit d'en faire prononcer la nullité : comme ne pouvant pas être le résultat d'une volonté réfléchie et raisonnable.

L'action d'inofficiosité est ouverte, en cas d'exhérédation ou d'omission faite sans justes motifs : aux enfants, aux ascendants et aux frères et sœurs : bien entendu dans l'ordre où ils auraient été appelés à l'hérédité *ab intestat;* mais aux frères et sœurs, seulement dans le cas où le testateur les aurait exclus pour instituer des personnes viles. — Les causes qui pouvaient justifier l'exhérédation ou l'omission étaient laissées à l'appréciation du juge : Justinien les a fixées et déterminées par une novelle.

Si le testateur avait laissé à son héritier du sang une part suffisante de ses biens, par legs, fidéicommis ou autrement, le testament cessait de pouvoir être considéré comme inofficieux. La quotité de cette part n'était pas déterminée dans le principe; mais après la loi Falcidie, soit par le texte même, soit par extension de cette loi, elle fut fixée au quart. — Ce fut là ce qu'on nomma la portion due par les lois, la portion légitime, ou simplement, dans le langage des commentateurs, la légitime. — Cette quotité a été augmentée par une novelle de Justinien.

La part légitime se calcule sur la masse des biens existants au jour du décès, y compris les legs, fidéicommis et donation à cause de mort; mais déduction faite des frais funéraires, des dettes et des affranchissements. Les donations entre-vifs ne sont pas comprises dans la masse. — Tout ce que l'héritier du sang a reçu par disposition testamentaire ou à cause

de mort est imputé sur la légitime : à l'égard des donations entre-vifs, l'imputation n'a lieu que pour certaines d'entre elles.

Il fallait nécessairement que le testateur eût laissé complétement la part légitime, ou, du moins, qu'il eût ordonné formellement qu'en cas d'insuffisance on la compléterait : Justinien supprime la nécessité de cette déclaration formelle. — De telle sorte que si le testateur n'a rien laissé à l'héritier du sang, celui-ci aura l'action d'inofficiosité pour faire annuler le testament en entier; mais s'il lui a été laissé quelque chose, si peu que ce soit, il n'aura que l'action en complément de sa part légitime.

Dans le cas d'annulation pour cause d'inofficiosité, toutes les dispositions du testament tombaient, et l'hérédité *ab intestat* était ouverte. — D'après une novelle de Justinien, l'institution seule tombera; mais les legs, les fidéicommis, les affranchissements, conserveront leur effet.

L'action pour cause d'inofficiosité était éteinte par l'approbation donnée directement ou indirectement au testament; — par la prescription, qui était anciennement de deux ans, et plus tard de cinq; — et par la mort de l'héritier du sang, survenue avant qu'il eût intenté ou du moins préparé son action. — Ces causes de déchéance ne s'appliquaient pas à l'action en complément de la portion légitime.

Diverses classes d'héritiers : acquisition et omission des hérédités.

On distingue trois classes d'héritiers, à l'égard desquels les règles sur l'acquisition ou l'omission des hérédités diffèrent essentiellement :

1° Les héritiers *nécessaires*, savoir : les esclaves du testateur, institués par lui et restés dans la même condition; pour eux l'acquisition de l'hérédité a lieu forcément et de plein droit. — Ils ne peuvent la répudier; seulement le préteur leur permet de profiter du bénéfice de séparation des biens, qu'il accorde à certaines personnes. — En vertu de ce bénéfice, l'esclave héritier nécessaire, quoique soumis à l'action des créanciers du défunt, ne pourra l'être que sur les biens de l'hérédité.

2° Les héritiers *siens et nécessaires*, savoir : les enfants soumis à la puissance du défunt, devenus ses héritiers soit par leur rang *ab intestat*, soit par l'institution qu'il en a faite. — On les nomme héritiers *siens*, parce qu'étant copropriétaires dans les biens de la famille, ils sont en quelque sorte leurs propres héritiers à eux-mêmes (*sui heredes*). — Pour eux l'acquisition a lieu également de plein droit et forcément. Ils ne peuvent répudier, mais le préteur leur permet de s'abstenir. — Moyennant cette abstention, bien qu'ils restent héritiers selon le droit strict, les créanciers ne pourront exercer contre eux aucune action, et les biens du défunt seront vendus, comme s'il n'y avait aucun héritier.

Il suit de là qu'à l'égard des héritiers *nécessaires* et des héritiers *siens et nécessaires* il n'y a jamais *adition d'hérédité*. — Mais, seulement, à l'égard de ces derniers, il peut y avoir *immixtion*, c'est-à-dire acte par lequel, s'immisçant dans l'hérédité, ils renoncent à la faculté qu'ils avaient de s'abstenir et, par là, s'engagent envers les créanciers.

3° Les héritiers *externes*, qui sont libres d'accepter ou de répudier l'hérédité. — A leur égard, quant à leur capacité et à la nature de leurs droits, il faut distinguer trois époques : 1° celle de la confection du testament : leur droit commence en espérance seulement; 2° celle du décès, ou de l'accomplissement de la condition, si l'institution est conditionnelle : leur droit s'ouvre, mais il n'est pas encore acquis; 3° celle

de l'adition de l'hérédité : leur droit est acquis. — La capacité des héritiers externes doit exister à chacune de ces trois époques. — Durant le premier intervalle, peu importe qu'ils perdent cette capacité, pourvu qu'ils la recouvrent avant le décès du testateur et avant l'accomplissement de la condition; mais après cette seconde époque leur capacité doit continuer sans interruption jusqu'à l'adition, car leur droit étant ouvert, s'ils deviennent incapables, ils le perdent irrévocablement. — Ainsi, lorsque l'institué meurt ou cesse d'être citoyen après l'ouverture de l'hérédité, mais avant d'avoir fait adition, il ne transmet pas son droit à ses héritiers, parce qu'il ne l'avait pas encore acquis. — Tel était le droit rigoureux; cependant nous verrons qu'il avait reçu quelques adoucissements.

Le mot *adition* vient de *adire hereditatem*, c'est-à-dire *ire ad hereditatem*, venir à l'hérédité. — Anciennement, l'adition pouvait avoir lieu de trois manières : 1° par la *crétion*, sorte de déclaration qui devait être faite en termes sacramentels, dans le délai fixé par le testateur, mais seulement lorsque ce testateur l'avait formellement imposée. Cette crétion n'existe plus depuis les empereurs Arcadius, Honorius et Théodose; 2° par l'adition proprement dite, c'est-à-dire par la déclaration expresse, faite soit verbalement, soit par écrit, mais sans aucune nécessité de termes sacramentels, qu'on accepte l'hérédité; 3° par des actes d'héritier (*pro herede gerendo*), c'est-à-dire en s'immisçant dans les affaires de l'hérédité et en y faisant des actes qu'on n'a pu faire qu'en qualité d'héritier et qui manifestent l'intention de prendre cette qualité. — Pour que l'adition soit valable, il faut nécessairement que l'hérédité soit ouverte par le décès ou par l'accomplissement de la condition; que cette ouverture soit à la connaissance de celui qui fait adition; qu'il sache de plus s'il succède *ab intestat* ou par testament, et, dans ce cas, par quel testament. — Les mêmes règles s'appliquent à la répudiation, qui, de même que l'adition, peut avoir lieu soit par une déclaration expresse, soit par des actes.

D'après le droit civil, aucun délai n'était fixé à l'institué pour accepter ou répudier; mais, sur les poursuites des créanciers, des légataires ou de tous autres intéressés, il était contraint de se prononcer. — Le préteur établit par son édit que, sur ses poursuites, il lui donnerait un délai pour délibérer. Ce délai pouvait être étendu par les magistrats jusqu'à neuf mois, et par l'empereur seul jusqu'à un an. A son expiration, l'institué était forcé de se prononcer. Faute par lui de le faire, il était censé acceptant à l'égard des créanciers ou légataires, si les poursuites étaient faites par eux; ou renonçant, à l'égard des substitués ou héritiers *ab intestat* poursuivants.

L'adition emporte obligation à toutes les charges et dettes de l'hérédité. Elle est irrévocable. — Cependant les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient être restitués en entier contre l'adition qui leur serait nuisible. — Les majeurs de vingt-cinq ans ne pouvaient obtenir de restitution que par rescrit impérial, et par faveur spéciale et individuelle, motivée sur quelques circonstances exceptionnelles. — Gordien établit le premier, en faveur des militaires, qu'ils ne seraient jamais tenus des dettes au delà des forces de la succession. D'où Justinien a tiré ce qu'on nomme le *bénéfice d'inventaire*, d'après lequel le même droit existe au profit de tous ceux qui auront eu soin de faire faire, dans les délais et dans les formes voulus, un inventaire de toutes les choses composant l'hérédité.

Le bénéfice d'inventaire ne se cumule pas avec le délai pour délibérer : l'institué peut, s'il le préfère, recourir à cet ancien droit, et demander un délai pour délibérer ; mais alors, à l'expiration du délai, il faut qu'il accepte ou qu'il répudie purement et simplement.

Actions relatives aux hérédités testamentaires.

Ces actions sont : l'action en pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) et l'action en partage (*familiæ erciscundæ*), applicables à toutes les hérédités en général ; — et, en outre, l'action contre le testament inofficieux (*querela inofficiosi testamenti*), l'action en complément de la légitime, et l'action contre les donations inofficieuses (*querela inofficiosæ donationis*), qui, toutes les trois, sont spéciales au cas d'*hérédité testamentaire.*

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Post hæc videamus de legatis. Quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur ; nam loquimur de iis juris *figuris* quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Sed cum omnino de testamentis, deque heredibus qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

TITRE XX.

DES LEGS (1).

Maintenant occupons-nous des legs. Ce sujet paraît hors de notre matière ; car nous traitons ici des moyens juridiques d'acquérir par universalité. Toutefois, comme nous venons de terminer ce qu'il y avait à dire des testaments et des héritiers institués par testament, il n'est pas hors de propos d'exposer à la suite la matière des legs.

833. Il est un principe en cette matière dont il faut bien se pénétrer : un caractère essentiel et distinctif sépare radicalement, dans le droit civil des Romains, l'institution d'héritier, du legs et de toutes les autres dispositions mortuaires.

L'héritier est le continuateur de la personne du défunt ; voilà celui que les comices ont agréé pour prendre, après la mort de tel citoyen, sa place dans la cité ; voilà celui qui a acheté la famille et le patrimoine (*familiæ pecuniæque emptor*) : celui sur lequel la personne juridique du mort transmigre et va se perpétuer ; celui qui absorbe en lui le passé d'un autre ; qui, dans l'ordre du domaine et des engagements civils, est censé avoir fait tout ce qu'a fait cet autre, activement ou passivement. La désignation d'un tel successeur, c'est l'institution d'héritier.

Mais, indépendamment de cette représentation de sa personne juridique, le citoyen a pu disposer de ses biens pour le temps où il n'existera plus ; transmettre à d'autres ou la propriété, ou des droits de créance contre son héritier, ou même une quote-part, le tiers, la moitié, jusqu'à la totalité de ses biens, sans établir d'autre

---

(1) SOURCES : *Avant Justinien :* Gaius. 2. §§ 191 à 223. — Ulp. Reg. tit. 24. *De legatis.* — Paul. Sent. 3. 6. *De legatis.* — *Sous Justinien :* Dig., liv. 30, 31 et 32. *De legatis et fideicommissis*, 1°, 2° et 3° ; et livres suivants. — Cod. 6. 43. *Communia de legatis et fideicommissis ;* et jusqu'au titre 55. — *Après Justinien :* Basiliques, liv. 43, περὶ λεγατίων (*des legs*), tit. 1 à 31.

relation entre ceux qui reçoivent ces libéralités et sa succession, que celle d'acquéreurs ou de créanciers.

Il a pu faire de pareilles libéralités soit en traitant lui-même, de son vivant, avec celui qu'il a voulu gratifier, par accord de leurs deux volontés : c'est la donation à cause de mort, qu'il nous suffira de rappeler ici (voy. nos 548 et suiv.);

Soit par son testament, en commandant impérativement, en imposant une loi à laquelle l'héritier devra se soumettre (*legem dicere; legare*) : c'est le legs (*legatum; quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*) (1);

Ou bien encore par tout autre acte, dans des circonstances ou avec des formes non obligatoires pour l'héritier; en le priant, en lui témoignant son désir; en confiant la disposition à sa foi : c'est le fidéicommis (*fideicommissa; quæ precativo modo relinquuntur*) (2).

Aucun de ceux qui auront reçu de telles libéralités, quelque chose qu'on lui ait laissée, fût-ce une quote-part ou même la totalité des biens, ne sera continuateur de la personne du défunt; il n'y a là que des acquéreurs ou des créanciers, sans aucune confusion de personnes.

Tel est le droit civil dans toute sa pureté; le temps y a apporté des modifications que Justinien a augmentées encore, et ces caractères si tranchés jadis se sont confondus sur bien des points.

I. Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta.

1. Le legs est une espèce de donation laissée par un défunt.

834. Le legs est une sorte de donation (*dono datio*) : — C'est très-souvent une *datio*, c'est-à-dire une translation de propriété; car il emporte souvent cette translation par lui-même et sans tradition de la chose; il compte au nombre des moyens civils d'acquérir (nos 300, 320 et 619). Cependant nous verrons qu'il existe bien des circonstances, même sous Justinien, où il ne peut produire et ne produit, en effet, qu'un droit de créance; l'expression de *datio* alors est impropre et détournée de sa signification primitive. — Cette *datio* est faite *dono*, en don, par libéralité : c'est là un caractère essentiel, qui ne peut jamais manquer au legs; là où il n'y aurait pas libéralité, il n'y aurait pas legs; nous aurons plus d'une occasion d'en voir l'application. Enfin cette donation est d'une sorte particulière : ayant ses propres règles, ses propres effets; s'opérant sans concours de volontés entre celui qui donne et celui à qui il est donné. Ce ne sera qu'après la mort du donateur que le légataire aura à se prononcer.

835. Des caractères indispensables au legs dans son état pri-

(1) Ulp. Reg. 24. § 1. — (2) *Ib.* — Paul dit cependant : « Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continentur. » Dig. 32. 3°. 87; mais c'est par rapport au sens que ce mot avait dans les dispositions de la loi Julia et Papia. Nous avons vu, du reste (ci-dessus, n° 642), la généralité primitive de cette expression.

mitif ont disparu ou se sont affaiblis sous Justinien, et ne se rencontrent plus dans la définition qu'il en donne.

1° Le legs originairement ne pouvait être fait qu'en cas d'hérédité testamentaire et par le testament même. Ce n'était qu'en se donnant soi-même son héritier, le continuateur de sa personne, qu'on pouvait, dans le même acte, lui imposer sa loi privée (*legata*); quant à l'héritier *ab intestat*, l'héritier appelé par la loi générale, s'il arrivait en vertu de cette loi et non par l'institution particulière du défunt, ce dernier n'avait rien à lui imposer, aucune injonction à lui faire. Alors on pouvait définir le legs comme le fait Ulpien : « Quod legis modo *testamento* relinquitur (1) »; ou comme Modestin : « Donatio *testamento* relicta (2). » — Depuis Auguste, il fut permis de faire des legs par codicille se rattachant à un testament antérieur ou postérieur (3) : l'expression *testamento* n'est donc plus rigoureusement exacte dans la définition du legs. Enfin, sous Justinien, quoique le principe qu'il n'y a pas de véritable legs dans une hérédité *ab intestat* soit maintenu, il est, en réalité, sans effet, car ces legs restent valables, du moins comme fidéicommis.

2° Originairement des paroles étaient consacrées pour la constitution des legs; elles devaient être impératives. Voilà pourquoi Ulpien dit : « Quod *legis modo, id est imperative* relinquitur » : par opposition aux fidéicommis : « quæ *precativo modo* relinquuntur (4). » Sous Justinien nulle consécration de paroles n'existe plus : ces expressions doivent donc disparaître de la définition.

3° Enfin quelques éditions ajoutent à la définition : *ab herede præstanda*, mots que nous rejetons, non comme inexacts, mais comme addition de copiste. Ils feraient allusion à cette autre règle originaire que l'héritier seul peut être grevé de legs : en effet, on ne peut léguer à la charge d'aucun légataire, d'aucun fidéicommissaire, ni d'aucun successeur quelconque autre que l'héritier testamentaire (5). Sous Justinien, cette règle, toujours retenue en principe, en fait ne produit plus de résultat : puisque la disposition vaut toujours comme fidéicommis.

836. Nous sommes donc conduits, avant tout, à examiner les changements apportés par Justinien. Et d'abord ceux qui résultent de la suppression de toute différence provenant des termes seuls.

En effet, jadis l'emploi des termes constituait : d'abord, la séparation des legs et des fidéicommis; — et, en second lieu, dans les legs eux-mêmes, leur distinction en diverses classes produisant des droits différents. L'une et l'autre matière sont traitées dans les deux paragraphes qui suivent.

II. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor : *per vindicationem, per*

2. Autrefois il y avait quatre sortes de legs; les legs *per vindicationem*,

---

(1) ULP. Reg. 24. § 1. — (2) DIG. 31. 2°. 36. f. Modest. — (3) Voyez ci-dessous, tit. 25. — (4) ULP. Reg. 24. § 1. — (5) GAI. 2. §§ 260 et 271.

damnationem, sinendi modo, per præceptionem; et certa quædam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed *ex constitutionibus divorum principum* solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. *Nostra autem constitutio* (1), quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, *ut omnibus legatis una sit natura,* et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, et per hypothecariam: cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

per damnationem, sinendi modo, per præceptionem, avec une formule particulière pour exprimer chacun d'eux. Mais cette solennité de paroles a été totalement supprimée par des constitutions impériales. Et nous enfin, désireux de donner plus de force à la volonté des mourants, plus de respect pour leur intention que pour les mots, nous avons, par *une constitution* soigneusement élaborée, ordonné que, *pour tous les legs, il n'y aura plus qu'une même nature;* que tout légataire, quels que soient les termes employés par le testateur, aura, pour la poursuite de son legs, non-seulement les actions personnelles, mais encore l'action réelle et l'action hypothécaire. La lecture de cette constitution suffira pour révéler toute la sagesse de ces mesures.

837. *Per vindicationem.* Voici des formules de ce legs : HOMINEM STICHUM DO LEGO; ou bien encore, DO; ou CAPITO, SUMITO, SIBI HABETO (2). On le nomme *per vindicationem,* dit Gaïus, parce que, immédiatement après l'adition, la chose léguée devient la propriété *ex jure Quiritium* du légataire, qui peut la vendiquer. Cependant les deux écoles de jurisconsultes avaient été en dissentiment sur ce point : selon les Sabiniens, la propriété était acquise immédiatement après l'adition, même à l'insu du légataire, sauf, s'il la répudiait, à s'évanouir comme si le legs n'avait pas eu lieu. D'après les Proculéiens, au contraire, la propriété n'était acquise que par la volonté du légataire. Bien qu'on cite en faveur de ce dernier avis un rescrit d'Antonin le Pieux (3), il n'a point prévalu (4). Le testateur ne pouvait léguer ainsi que les choses dont il avait le domaine *ex jure Quiritium,* tant au moment de la confection du testament qu'à celui de la mort; cependant le moment de la mort suffisait pour les choses appréciables au poids, au nombre ou à la mesure : telles que le vin, l'huile, les monnaies (5).

838. *Per damnationem :* les formules de ce legs sont, par exemple : HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE; ou bien, DATO, FACITO, HEREDEM MEUM DARE JUBEO (6). Le légataire ne devient pas, à l'adition, propriétaire de la chose ainsi léguée; il a seulement une action *in personam,* contre l'héritier, pour soutenir que celui-ci est obligé de donner (*dare,* transférer la propriété), de procurer (*præstare*), ou de faire (7). Ce legs, par la nature même des droits qu'il confère, peut s'appliquer tant à la chose du testateur qu'à celle de l'héritier ou à celle d'autrui, à des choses futures qui ne

(1) On peut voir au Code cette constitution, ou du moins une partie de cette constitution. Cod. 6. 43. 1. — (2) GAI. 2. § 193. — Ulp. Reg. 24. § 3 — (3) GAI 2. §§ 194 et 195. — (4) D. 30. 86. § 2. fr. Jul. — (5) GAI. 196. — Ulp. Reg. 24. § 7. — (6) GAI. 2. § 201. — Ulp. Reg. 24. § 4. — (7) GAI. 2. § 204.

sont encore qu'à venir, et qui ne viendront même qu'après la mort du testateur, à des prestations de toute sorte, à des actions à faire ou à ne pas faire ; en un mot, à tout ce qui peut être l'objet d'une obligation (1). — Aussi le nomme-t-on le legs par excellence : *optimum jus legati*, ou simplement *optimum jus* (2). Le legs *per vindicationem* est un legs de propriété ; le legs *per damnationem* n'est qu'un legs de créance.

839. *Sinendi modo* : par cette formule : « HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM SUMERE ILLAM REM SIBIQUE HABERE (3). » Ici l'héritier est condamné à laisser prendre ; aussi ce legs peut-il s'appliquer tant aux choses du testateur qu'à celles de l'héritier, et pourvu que la propriété existe dans leurs mains au moment du décès, cela suffit ; mais ce legs est inapplicable à la chose d'autrui (4). Il offre donc plus de latitude, dit Gaius, que le legs *per vindicationem*, et moins que celui *per damnationem*. Quant à ses effets, il ne confère pas au légataire la propriété, mais seulement le droit de prendre : ce sera cette prise de possession qui le rendra propriétaire. Quelques jurisconsultes, rigoureux logiciens, en avaient conclu que l'héritier n'était obligé ni de manciper, ni de céder *in jure*, ni de livrer la chose léguée ; car il n'avait été condamné qu'à un rôle passif : laisser prendre. Mais cet avis n'était pas suivi, et l'on accordait au légataire, contre l'héritier, l'action *in personam* : QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET (5).

840. *Per præceptionem* : en ces termes : « LUCIUS TITIUS ILLAM REM PRÆCIPITO (6). » Régulièrement, ce legs ne peut être fait qu'à celui qui est héritier pour partie ; car *præcipere*, c'est prendre préalablement, prendre à part, en dehors de sa portion : d'où le mot de *préciput* (*præcipuum sumere* ; *extra portionem hereditatis*). Il ne transférait pas la propriété, mais l'héritier prélégataire en poursuivait l'exécution par l'action de partage (*judicio familiæ erciscundæ*), le juge de cette action ayant dans son office d'adjuger ce qui avait été prélégué (7) : d'où la conséquence que les choses du testateur, les choses héréditaires, pouvaient seules en être l'objet, car elles seules étaient comprises dans l'action *familiæ erciscundæ*. Tel était du moins, dit Gaius, l'avis de nos maîtres (*nostri præceptores*), les Sabiniens, dont il suivait les doctrines. — En effet, de grandes controverses avaient été élevées relativement à ce legs. Ainsi, pour le cas où il aurait été fait à un étranger, trois opinions bien distinctes. Selon Sabinus, fait à un étranger, ce legs était radicalement nul et ne pouvait être confirmé

(1) GAI. 2. §§ 202 et 203. — Ulp. Reg. 24. §§ 8 et 9. — (2) « Optimum autem jus est per damnationem legatum. » Gai. 2. § 197. — « Optimum autem jus legati per damnationem est. » Ulp. Reg. 24. § 11. — (3) GAI. 2. § 209. — Ulp. Reg. 24. § 5. — (4) GAI. 2. §§ 210 et 211. — Ulp. Reg. 24. § 10. — (5) GAI. 2. §§ 213 et 214. — (6) GAI. 2. § 216. — Ulp. Reg. 24. § 6. — (7) GAI. 2. §§ 217 et 219. — Paul. Sent. 3. 6. 1.

en aucune manière. Selon Julien, à la vérité, il était nul d'après le droit civil; mais, par application d'un sénatus-consulte NÉRONIEN, dont nous allons parler, il devait être confirmé et valoir comme legs *per damnationem*. Enfin, selon la secte opposée, les Proculéiens, on devait dans l'expression du testateur PRÆCIPITO, adressée à un étranger, faire abstraction de la syllabe PRÆ comme superflue, et considérer le legs comme si le testateur avait dit CAPITO, c'est-à-dire comme un legs *per vindicationem*. Ce dernier avis avait été confirmé, disait-on, par une constitution d'Adrien (1).

841. Ces distinctions entre les diverses classes de legs n'étaient pas toutes de simples subtilités de mots, toutes de pur arbitraire. Laissant la forme et allant au fond, il en est plusieurs qui sont commandées forcément par la nature des choses, et qui doivent survivre dans toute législation. Il faut remarquer, du reste, avec quelle admirable puissance de raisonnement les jurisconsultes romains, la formule une fois donnée, en déduisent et les effets que doit produire le legs, et les choses qui peuvent en être l'objet, et les personnes à qui il peut être adressé. Mais ce qui dut paraître rigoureux à une civilisation qui, en s'avançant, se détacha de plus en plus de la nécessité des symboles et des formules, ce fut d'avoir ainsi fait dépendre le sort de la disposition, des paroles employées par le testateur. Aussi des modifications successives nous apparaissent-elles sur ce point.

842. Les premières sont apportées par un sénatus-consulte rendu sur la proposition de Néron, le sén.-cons. NÉRONIEN (? 817 de R., 64 de J.-C.) (2), disposant que ce qui aurait été légué en termes moins aptes (c'est-à-dire moins appropriés soit à la chose, soit à la personne) serait considéré comme légué *optimo jure*, c'est-à-dire *per damnationem* : « *Ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo jure legatum esset* (3). » D'où la conséquence, par exemple, que si le testateur a légué la chose d'autrui en se servant de la formule *per vindicationem*, ou *sinendi modo*, ou *per præceptionem*, le legs, nul selon le droit civil, sera confirmé par le sénatus-consulte, comme s'il eût été fait *per damnationem* (4). De même, dans l'opinion de quelques jurisconsultes sabiniens, pour le legs fait avec la formule *per præceptionem* à un autre qu'à un héritier (5). — Dans le système de ce sénatus-consulte, les formes restent; mais si l'une a été employée mal à propos dans un cas où elle ne peut valoir, on reviendra à la disposition qui offre le plus de latitude : celle *per damnationem*.

843. Sous l'empire de Constantin II, Constance et Constant, une réforme plus radicale s'opère. Toute nécessité de formules est supprimée dans les testaments, tant pour les institutions d'héritiers

(1) GAI. 2. §§ 218 et 221. — (2) Date incertaine : de 807 à 821 de R.; 54 à 68 de J. C. — (3) ULP. Reg. 24. § 11. — Gai. 2. § 218. — (4) GAI. 2. §§ 197, 212, 220. — *Vatic. J. R. Fragm.* § 85. — (5) GAI. 2. § 218.

que pour les legs (an 339 de J.-C.) (1); abrogation partielle qui est suivie, trois ans après (an 342), d'une suppression générale des formules dans tous les actes (2) (voyez ce que nous en avons dit, tom. I, *Histoire du droit*, n° 492). C'est à ces constitutions que fait allusion notre texte par ces mots : *ex constitutionibus divorum principum*.—Dans ce système, les quatre espèces de legs ne sont pas abrogées : le legs sera toujours ou *per vindicationem* ou *per damnationem*, ou *sinendi modo* ou *per præceptionem*, selon ce qu'aura voulu et exprimé le testateur; mais dans l'expression de cette volonté, il n'y aura plus de termes exclusivement consacrés : tous seront bons, pourvu qu'ils marquent l'intention.

844. Enfin, sous Justinien, les quatre classes de legs disparaissent; l'empereur décrète que tous les legs auront la même nature (*ut omnibus legatis una sit natura*), et que le légataire, en quelques termes qu'on lui ait laissé le legs, en pourra poursuivre l'exécution par les actions personnelle, réelle et hypothécaire (*non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam*). Toutefois Justinien, supprimant toutes différences quant aux termes, n'a pas pu supprimer celles qui proviennent forcément de la nature des choses. Tous les legs n'auront qu'une seule et même nature générale, en ce sens que leurs effets ne dépendront plus d'aucune classification juridique ou formulaire, et que tous, sans distinction, produiront tous les effets et conféreront au légataire tous les droits que comportera la chose léguée. Mais il est impossible que ces droits soient les mêmes dans tous les cas, et que la propriété soit toujours transférée par le legs : ainsi elle ne le sera pas, et le légataire ne pourra pas avoir l'action *in rem*, si le testateur a légué, par exemple, la chose d'autrui, ou une chose indéterminée, comme un esclave, un cheval, une somme d'argent, tant de mesures de vin, du moins jusqu'à ce que le choix ait été fait, dans le cas où de pareilles choses existent dans l'hérédité; ou bien s'il a légué une créance, ou la libération d'un débiteur, ou quelque fait, quelque acte que son héritier devra opérer ou dont il devra s'abstenir. Ainsi, ce qui tenait aux formules ou aux expressions a disparu; ce qui tenait à la force impérative des choses est resté. — Nous reviendrons, du reste, sur ce qui concerne les actions produites par les legs.

845. Il résulte de ce que nous venons de dire que le legs appliqué à une chose déterminée du testateur est un moyen d'acquérir. Immédiatement après l'adition, et sans aucune nécessité de tra-

(1) « Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit (solemnium) verborum necessitas : ut... quibuscunque verbis uti liberam habeant facultatem. » Cod. 6. 23. 15. Constantinus, 339. — « In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia. » Cod. 6. 37. 21. Constantinus, Constantius et Constans, 339. — Ces deux dispositions paraissent être deux fragments de la même constitution. — (2) Cod. 2. 58. 1. Constantinus, 342.

dition, la propriété s'en trouve transmise au légataire. Pourquoi la jurisprudence romaine n'a-t-elle pas exigé que la possession ait passé de l'un à l'autre, comme signe patent et révélateur du changement de propriété? C'est qu'ici il est survenu un autre fait, tout aussi patent, la mort, qui a dessaisi le propriétaire défunt; et une sorte de loi, le legs (*lex*), qui a investi le légataire. Aussi ce moyen d'acquérir était-il compris au premier rang parmi ceux désignés sous le nom de *lege* par la loi (n° 320).

III. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem : necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia : sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed, ne in primis legum cunabulis, permixte de his exponendo, studiosis adolescentibus, quandam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

3. Encore n'avons-nous pas cru devoir nous en tenir à cette constitution. Trouvant, en effet, que les legs étaient renfermés par l'antiquité dans des bornes étroites, tandis que les fidéicommis, comme tirant davantage leur origine de la volonté des mourants, obtenaient plus d'indulgence et plus de latitude, nous avons cru nécessaire d'égaler tous les legs aux fidéicommis. Plus de différence entre eux; ce qui manque aux legs, qu'ils l'empruntent aux fidéicommis; et s'ils ont quelque chose de plus, qu'ils le leur communiquent. Toutefois, de peur que l'exposition de ces deux matières confondues n'offre quelque difficulté à de jeunes élèves qui n'en sont qu'aux premiers éléments du droit, nous parlerons d'abord des legs séparément, et ensuite des fidéicommis; afin que, leur nature réciproque une fois bien connue, la fusion que nous en avons faite devienne plus facile à saisir.

846. Les causes qui faisaient de la disposition, au lieu d'un legs, un simple fidéicommis, pouvaient provenir ou des termes employés, ou des circonstances.

Quant aux termes, si, au lieu des formules consacrées par le droit civil pour constituer un legs (*civilia verba*, comme dit Ulpien), on avait employé d'autres expressions, ordinairement précatives (*precativo modo, precative*), la disposition, se trouvât-on dans des circonstances où un legs aurait pu avoir lieu, n'était qu'un fidéicommis. Les paroles le plus en usage étaient celles-ci : PETO, ROGO, MANDO, FIDEICOMMITTO; ou bien encore : DEPRECOR, CUPIO, DESIDERO; ou même VOLO, INJUNGO, IMPERO (termes qui, quoique impératifs, n'étaient pas des expressions du droit civil, *civilia verba*, pour les legs) (1). Du reste, ces paroles de fidéicommis n'étaient pas consacrées; leur emploi était un usage, et non une nécessité; car ici la liberté d'expression était à peu près entière (2);

(1) GAI. 2. § 249. — Ulp. Reg. 25. § 2. — Paul. Sent. 4. 1. § 6. — Cod. 6. 43. 2. Justinian. — (2) Pourvu qu'elle exprimât l'idée. C'est en ce sens, sans doute, que Paul rejette, comme ne pouvant servir même à un fidéicommis, les expressions *relinquo* et *commendo*. Paul. Sent. 4. 1. § 6. Ce qui nous prouve, du reste, que la subtilité sur les termes s'était glissée jusque dans les fidéicommis.

le fidéicommis pouvait être laissé même par signe de tête, par signe d'assentiment, *nutu* (1).

847. Quant aux circonstances, si elles étaient telles que, selon le droit civil, un legs ne pût avoir lieu : par exemple, s'il n'y avait pas hérédité testamentaire, mais hérédité *ab intestat;* ou bien si le testateur voulait grever de sa libéralité, non pas son héritier, mais un légataire (nº 835), ou dans d'autres cas encore incompatibles avec la nature des legs et que nous aurons occasion de voir plus loin, la disposition ne pouvait être qu'un fidéicommis.

848. Sous Justinien, la différence quant aux termes n'existe plus en aucune manière; — celle qui résulte des circonstances est encore à considérer, si l'on s'en tient aux principes abstraits et surtout si l'on sépare encore, comme le font les Instituts, les legs des fidéicommis. Mais, si l'on ne considère que le résultat de droit, cette dernière différence elle-même a disparu aussi : puisque les legs et les fidéicommis sont confondus; que toute disposition qui ne peut valoir comme legs vaut comme fidéicommis; et que, réciproquement, tous les effets que produisaient les legs, les fidéicommis doivent les produire. — Toutefois l'assimilation n'est pas entière entre les institutions d'héritier et les hérédités fidéicommissaires (ci-après, nºˢ 962, 969, 978); et des différences existent toujours à l'égard des affranchissements (ci-dess., nº 95, et ci-après, nº 972), et des dations de tuteur (ci-après, nº 977).

849. Les paragraphes qui suivent, et qui sont consacrés à traiter des legs, ne sont pas disposés dans un ordre bien méthodique. Cependant, sans nous permettre d'intervertir cet ordre, nous tâcherons d'y jeter quelque jour. Et d'abord nous ouvrirons la matière par deux principes fondamentaux qui la dominent.

Dies cedit *ou* Dies venit, *par rapport aux legs* (2).

850. *Dies cedit*, le jour s'avance; *dies venit*, le jour est venu : expression poétique et figurée, qui n'est pas spéciale, comme on le croit trop généralement, à la matière des legs, mais qui peut s'appliquer à toute acquisition de droits, et notamment aux obligations. *Dies*, c'est le terme fixé pour l'exigibilité du droit, c'est l'échéance du droit. *Dies cedit*, c'est-à-dire le terme commence à courir, on marche vers l'échéance du droit; *dies venit*, le terme marqué pour l'exigibilité est arrivé, l'échéance a eu lieu, on peut demander. « Cedere diem, » dit, en général, un extrait d'Ulpien inséré dans le titre du Digeste qui traite de la signification des

(1) Ulp. Reg. 25. § 3. — Dig. 32. 3º. 21. pr. f. Paul.

(2) Dig. 36. 2. *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.* — 7. 3. *Quando dies ususfructus legati cedat.* — Cod. 6. 53. *Quando dies legati vel fideicommissi cedit.* — Il nous est arrivé de personnifier en quelque sorte, pour la commodité du style, *le dies cedit* et *le dies venit :* nous reconnaissons que grammaticalement c'est incorrect; *dies cedens* est exact, mais rarement employé dans les textes; *dies veniens* ne répondrait pas à *dies venit*, qui est au passé.

mots, « cedere diem, significat incipere deberi pecuniam; venire diem, significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. » Et, prenant pour exemple une stipulation, le jurisconsulte continue : « Si elle est pure et simple, la chose est due et exigible à l'instant même (*et cessit et venit dies*); si elle est à terme (*in diem*), le terme commence à courir, mais n'est pas encore arrivé (*cessit dies, sed nondum venit*); si elle est sous condition, le terme ne court ni n'arrive tant que la condition est encore pendante (*neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione*) (1). Ces principes généraux s'appliquent avec quelques particularités à la matière des legs.

851. *Dies cedit* signifie, ici, que le droit éventuel au legs est fixé, est déterminé au profit du légataire, et que l'exigibilité s'avance. Nous disons le droit *éventuel*, parce que, le sort des legs dépendant toujours de celui du testament, si, même après que le *dies cedens* a eu lieu, l'héritier refuse, est incapable, ou que le testament tombe par une cause ou par une autre, tous les legs s'évanouiront : le droit, même après que le *dies cedens* a eu lieu, n'est donc encore qu'éventuel. C'est une particularité de cette matière. — Quant à l'expression *dies venit*, elle signifierait ici, comme pour les obligations en général, que l'échéance du droit, que l'exigibilité est arrivée. Nous devons avouer qu'on la rencontre rarement employée dans les textes pour la matière des legs; cependant elle s'y trouve quelquefois (2), et nous nous en servirons, parce qu'elle est laconique et d'ailleurs générale dans sa signification.

852. A quelle époque dira-t-on *dies cedit* ou *dies venit?* — En règle générale, le *dies cedens*, c'est-à-dire le moment où le droit éventuel se fixe au profit du légataire, a lieu, pour les legs purs et simples, au jour du décès du testateur. Il en est de même pour les legs à terme (*ex die certo; in diem; post diem*), lorsqu'il s'agit de ces termes qui n'équivalent pas à une condition et ne suspendent pas le droit : par exemple, je lègue cent sous d'or payables aux calendes de janvier, ou tant d'années après ma mort; tant d'années après l'adition, etc. (3). Quant aux legs subordonnés à une condition suspensive, ou à un terme équivalant à une condition, le *dies cedens* n'a lieu qu'à l'accomplissement de la condition (4). — Pour qu'on puisse dire *dies venit*, c'est-à-dire pour que le legs soit échu ou exigible, il faut nécessairement que l'adition ait eu lieu; et, de plus, s'il y a un terme quelconque ou une condition, qu'ils soient accomplis (5).

(1) Dig. 50. 16. 213. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 7. 3. 1. § 3. f. Ulp. — (3) Dig. 36. 2. 5. pr. et § 1. f. Ulp. et 21. pr. f. Paul. — (4) *Ib*. 5. § 2. f. Ulp. et 21. pr. f. Paul. — (5) Bien entendu qu'il n'y a aucune distinction à faire entre l'époque de la mort et celle de l'adition, s'il s'agit d'héritiers nécessaires, puisqu'ils ne peuvent refuser l'hérédité. — Dig. 31. 2°. 32. pr. f. Modest. — 36. 2. 21. pr. f. Paul.

853. La loi Papia Poppæa, dans ses dispositions caducaires et fiscales, avait modifié l'ancien droit par rapport au *dies cedit* pour les legs purs et simples ; au lieu d'échoir à la mort du testateur, le *dies cedens* ne devait plus avoir lieu qu'à l'ouverture du testament (*ex apertis tabulis*) (1). Ces lois caducaires, déjà supprimées en partie par Constantin (2), et par Théodose (3), le sont complétement par Justinien, qui rétablit spécialement le droit primitif quant au *dies cedit* (4).

854. Quelle est l'utilité du *dies cedit* et du *dies venit?* Sur ce dernier point, c'est-à-dire quant à l'échéance, quant à l'exigibilité, pas de difficultés, en conséquence pas d'explications nécessaires. Mais ce qui concerne le *dies cedens* doit appeler notre attention. — En général on ne se préoccupe que de l'un des effets du *dies cedit,* la transmissibilité du droit ; on traduit même ces mots *dies cedit* par ceux-ci : *le droit est transmissible* (5), traduction inexacte. Cet effet, il est vrai, est l'un des principaux du *dies cedit,* mais il n'est pas le seul ; il y a plus, il n'est pas essentiel : car il peut ne pas se rencontrer, c'est ce qui a lieu pour tous les legs de droits exclusivement attachés à la personne (n° 483) ; tandis qu'il est d'autres effets qui ne manquent jamais.

855. Au *dies cedit,* avons-nous dit, le droit éventuel au legs se fixe au profit du légataire : or, l'influence de cette fixation étend ses conséquences sur quatre points importants : 1° sur la détermination des personnes à qui le legs sera acquis ; 2° sur les choses qui le composeront ; 3° sur la transmissibilité du droit, quand elle est possible ; 4° enfin, dans quelques cas particuliers, sur la perte ou la conservation du droit qui fait l'objet du legs.

1° *Sur la détermination des personnes à qui le legs sera acquis ;* ce sera nécessairement la personne susceptible de l'acquérir au moment où le droit se fixe. Ainsi, s'il s'agit d'un legs fait à un fils de famille ou à un esclave, ce sera le chef ou le maître existant au moment du *dies cedit* qui profitera du legs et qui pourra le réclamer à son échéance (n° 619), puisque c'est à cette époque du *dies cedit* que le droit s'est fixé ; ou bien le fils ou l'esclave lui-même, si, à ce jour du *dies cedit,* ils étaient devenus *sui juris* (6).

2° *Sur les choses qui composeront le legs ;* puisque le droit éventuel se fixe au *dies cedit,* il se fixe quant à la chose aussi bien que quant aux personnes. Ainsi, c'est la chose, telle qu'elle se trouvait au *dies cedit,* qui fait l'objet du legs et sur laquelle porte le droit éventuel du légataire. Si cette chose est une univer-

(1) Ulp. Reg. 24. § 31. — Nous donnerons bientôt quelques détails sur cette ouverture des testaments : les fragments d'Ulpien, 10. § 1, et 12, insérés au titre du Digeste qui traite de cette ouverture, étaient évidemment relatifs à cette disposition de la loi Papia Poppæa. — (2) Cod. 8. 58. — (3) Cod. 6. 51. 1. § 5. — (4) *Ib.* 1. § 1. — (5) Voir Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen Rœmischen Rechts* (Manuel du droit romain moderne), § 712, p. 391 de la traduction. — (6) Dig. 36. 2. 5. § 7. f. Ulp. — Ulp. Reg. 24. § 23.

salité susceptible de recevoir des adjonctions ou des suppressions ultérieures, par exemple un pécule, un troupeau, on sent combien l'intérêt de la règle augmente (1).

3° *Sur la transmissibilité du droit ;* si le légataire meurt avant le *dies cedens,* il n'a jamais eu que des espérances ; ces espérances, par son prédécès, se sont évanouies : il ne transmet rien à ses héritiers. Si, au contraire, le *dies cedens* a eu lieu, puisque le droit éventuel s'est fixé à son profit, il le transmet à ses héritiers (2).

4° *Enfin, dans quelques cas, sur la perte ou la conservation du droit légué ;* c'est ce que nous avons déjà vu pour les effets de la petite diminution de tête ou du non-usage, sur les legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation (voy. ci-dessus, nos 491 et 504) : l'extinction ne peut s'opérer que si le *dies cedens* a déjà eu lieu. D'où l'origine des legs d'usufruit ou d'usage *in singulos annos, vel menses, vel dies,* pour lesquels il y a chaque année, chaque mois ou chaque jour, un nouveau *dies cedens* (3).

Cette théorie du *dies cedit* a, en outre, des conséquences dont nous verrons plus d'une fois l'application, quant à la validité même des legs (voyez notamment ci-dessous, §§ 32 et 33).

856. Avant de terminer ce sujet, signalons deux cas particuliers, dans lesquels la détermination du *dies cedit* s'écarte entièrement des règles générales que nous venons d'exposer :

1° S'il s'agit d'un esclave du testateur, à qui ce dernier a laissé à la fois par son testament la liberté avec un legs, comme la première condition pour que cet esclave puisse avoir un droit fixé à son profit, c'est qu'il soit devenu libre, le *dies cedens* pour son legs n'aura lieu qu'au moment où la liberté lui sera acquise : c'est-à-dire non pas à la mort du testateur, mais à l'adition d'hérédité, en supposant qu'il s'agisse de dispositions pures et simples (4).

2° Pour l'usufruit, pour l'usage, pour l'habitation, droits exclusivement attachés à la personne du légataire, nous savons que le *dies cedens* n'a lieu que lorsque le *dies venit* lui-même est échu : c'est-à-dire que la fixation du droit n'a lieu qu'au moment même de l'échéance (n° 483) (5) : « Tunc enim constituitur ususfructus, dit Ulpien, pour rendre compte de cette différence, cum quis jam frui potest (6) ; » il l'explique ailleurs d'une manière plus claire, en disant : « Nam cum personæ cohæreat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere (7) ; » et enfin, plus explicitement encore : « Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante, quis diem ejus cedere dixerit (8). » Ainsi, l'idée qui a prédo-

(1) Dig. 31. 2°. 65. pr. f. Pap. — Voir ci-dessous, § 20. — (2) Dig. 36. 2. 5. pr. f. Ulp. — (3) Dig. 7. 4. 1. §§ 1 et suiv. f. Ulp. — *Ib.* 28. f. Paul. — (4) Voir ci-dessous, § 20, et Dig. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp. — Voir aussi une particularité analogue, pour le legs fait à un esclave légué lui-même. D. 36. 2. 17. pr., et 16. § 1. f. Julian. — (5) Dig. 36. 2. 2. f. Ulp. — (6) Dig. 7. 3. 1. § 2. f. Ulp. et *Vatic. J. R. Fragm.*, § 60. — (7) Dig. 36. 2. 9. f. Ulp. — (8) *Ib.* 8.

miné dans l'introduction de cette exception, c'est qu'ici la transmissibilité du droit n'est pas possible. Mais elle ne l'est pas plus après l'adition qu'avant, même après l'adition, il n'y a de transmissible que le droit sur les fruits déjà perçus avant la mort de l'usufruitier; quant à l'usufruit lui-même, il est éteint par cette mort. Le *dies cedens*, au contraire, conserve tous ses effets sur les trois autres points que nous avons signalés. Aussi Labéon pensait-il qu'il devait avoir lieu pour les legs d'usufruit comme pour les autres legs, sans établir de différence; ce fut l'avis opposé, celui de Julien, qui prévalut (1).

De la règle Catonienne (Catoniana regula) (2).

857. C'est un principe admis généralement dans la législation romaine, qu'un acte qui est nul dans son origine ne peut devenir valable par le seul laps de temps : « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (3). » Mais quel est le domaine véritable, quelle est l'étendue d'application de cette règle? Ce point n'est pas sans de sérieuses difficultés.

Dans la matière qui nous occupe, c'est-à-dire les testaments, ce qui concerne la forme de l'acte ou la capacité de celui qui le fait est incontestablement sous l'empire de cette règle : si la forme est vicieuse ou le testateur incapable dans l'origine, le testament est nul et ne sera pas validé par le laps de temps; il n'est pas besoin de recourir pour cela à des dispositions, à des maximes spéciales; les principes généraux du droit suffisent. Mais à l'égard de celui en faveur de qui la disposition est faite, ou des choses susceptibles d'y être comprises, que décider? Le testament n'est destiné à produire aucun effet au moment de sa confection; ce n'est qu'un acte de précaution, un acte pour l'avenir, pour le jour où le testateur mourra : ne suffira-t-il donc pas d'attendre cette époque pour examiner s'il y a capacité de recevoir, ou si les choses comprises dans la disposition sont susceptibles d'en être l'objet?

858. Pour l'institution d'héritier, nous avons vu la question résolue : il faut que la capacité d'être institué existe au moment où le testament est fait, sans préjudice des autres époques; et nous avons montré l'origine de cette règle dans la nature même du testament *calatis comitiis* et du testament *per æs et libram* en sa première forme (nos 640, note 2, 811 et suiv.). D'où cette maxime exprimée par Licinius Rufinus : « Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest (4). »

859. Quant aux legs, la même règle, quoique ne découlant pas aussi directement de la forme des testaments primitifs, fut suivie

(1) Vatic. J. R. Fragm. § 60. — (2) Dig. 34. 7. *De regula Catoniana.* Nous devons à notre collègue M. Machelard une dissertation spéciale sur ce sujet : *Étude sur la règle Catonienne;* Paris, 1862, broch. in-8°.—(3) Dig. 50. 17. 29. f. Paul. — (4) Dig. 50. 17. 210.

aussi, pour tout ce qui tenait à l'observation des principes généraux du droit : ainsi, pour la nécessité que le légataire eût la faction de testament (1); que les choses léguées fussent dans le commerce (2); que les actes imposés à l'héritier à titre de legs fussent licites (3). Toutes ces conditions doivent être remplies à l'époque même de la confection du testament; sinon, peu importe que plus tard le légataire ait acquis la faction de testament, que la chose soit tombée dans le commerce, que l'acte soit devenu licite par l'abrogation de la loi qui le défendait : la nullité existant dès l'origine ne cessera pas.

860. Mais devra-t-on décider de même à l'égard de certaines nullités qui tiennent, non pas aux règles générales du droit, mais seulement à des relations particulières, à des circonstances dans lesquelles se trouvent soit l'héritier, soit le légataire, soit la chose léguée : de telle sorte que le même legs pourrait être valable à l'égard d'autres personnes, ou à l'égard des mêmes personnes dans une autre situation; et qu'il existe, non pas un vice radical, une nullité absolue, mais une de ces nullités que nous appellerions aujourd'hui nullité relative? Par exemple, si le testateur a légué purement et simplement à son propre esclave en ne lui donnant qu'une liberté conditionnelle (4)? ou bien à l'esclave ou au fils de famille de l'héritier (5)? ou bien au légataire une chose lui appartenant déjà (6)? Les textes dénotent une grande tergiversation, sur ces divers points, entre les jurisconsultes : un pareil legs sera-t-il nul dès l'origine? ou bien pourra-t-il se faire valablement, sauf à en déterminer le sort à l'époque où le *dies cedit*, suivant la situation alors existante? Un terme moyen prévalut plus communément : c'est que de pareils legs, faits purement et simplement, seraient nuls; mais que, faits sous condition, ils dépendraient des événements ultérieurs (7). Ce terme moyen se trouva consacré en une formule de Caton l'Ancien, ou peut-être de son fils, qui fut admise comme règle de jurisprudence (*regula juris*) sous le nom de règle Catonienne (*Catoniana regula*), et dont Celse nous rapporte la disposition en ces termes : « Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere (8). » De sorte que, pour apprécier la validité d'un legs, il faut supposer le testateur mort immédiatement après la *confection* du testament, et voir si, dans cet

(1) « Idem et in legatis et in bonorum possessionibus. » Dig. 28. 5. 59. § 4. f. Cels. — (2) Ci-dessous, § 4, p. 583. — (3) 30. 1°. 112. § 3. f. Marcian. — (4) Dig. 30. 1°. 91. § 1. f. Julian.— 35. 1. 86. f. Marcian. — (5) Ci-dessous, § 32. — (6) Ci-dessous, § 10. p. 603. — (7) Voir l'exemple cité par Gaius (2. § 244), dans lequel les Proculéiens sont pour la nullité radicale, Servius pour la validité, et les Sabiniens pour le moyen terme. — (8) Dig. 34. 7. 1. pr. f. Cels. Le jurisconsulte ajoute cependant que cette disposition de la règle Catonienne fait défaut en quelques cas : « Quæ definitio in quibusdam falsa est. »

état, le legs serait valable. Le motif philosophique d'une pareille règle fut sans doute que, le testament étant un acte fait par prévoyance, pour le moment de la mort, et la mort étant toujours imminente, pouvant frapper à toute minute, au moment même où l'acte vient d'être fait, les jurisprudents trouvèrent logique d'en conclure que cet acte devait être tel qu'il pût produire son effet à l'instant même, si le cas échéait (1).

La règle Catonienne ne s'appliqua pas aux legs conditionnels (2). En effet, dans ce cas, supposez même le testateur mort aussitôt après la confection du testament : le legs n'a pas été fait pour produire immédiatement son effet; il a été subordonné à une condition, jusqu'à l'issue de cette chance aucun droit ne se fixe (aucun *dies cedens* n'a lieu), ni par rapport à la personne ni par rapport à la chose : il faut donc attendre encore. — Par la même raison, elle ne s'appliqua à aucun des legs pour lesquels le *dies cedens* a lieu non pas à la mort, mais seulement après l'adition d'hérédité : « neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem (3). »

861. Même après l'admission de la règle Catonienne, les jurisconsultes n'ont pas toujours été d'accord sur les cas qui seraient ou non régis par cette règle (4). La distinction est cependant très-importante à faire sous divers points de vue : 1° s'agit-il d'un vice absolu, dérivant des principes généraux du droit, ce n'est pas le cas de la règle Catonienne; que le legs soit simple ou conditionnel, que le *dies cedens* doive avoir lieu à la mort ou plus tard, il y a dès l'origine nullité irréparable. 2° S'agit-il d'un de ces vices relatifs auxquels s'applique la règle Catonienne, nul s'il est pur et simple, le legs, s'il est conditionnel ou de ceux dont le *dies cedens* n'a pas lieu à la mort, dépendra des événements ultérieurs (5). 3° Enfin, s'agit-il toujours d'un de ces vices relatifs, mais auxquels on décide par exception que la règle Catonienne ne doit pas être appliquée, que le legs soit simple ou qu'il soit conditionnel, il n'y aura pas

---

(1) « Quia quod nullas vires habiturum foret si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere quia vitam longius traxerit, absurdum esset », dit Gaius. 2. § 244. — (2) Dig. 34. 7. 1. f. § 1. Cels.; et 2. f. Paul. — (3) *Ib.* 3. f. Papinien. Tels seraient le legs d'usufruit (exempl. Vat. Fragm. § 55); — et le legs fait à l'esclave du testateur (exempl. Dig. 36. 2. 17. f. Julian. — 35. 1. 86. f. Marcian. — 33. 5. 13. f. Paul. — 30. 1°. 91. § 1 et suiv. f. Julian.). — Il en résulte, comme on peut le voir par ces exemples, les distinctions les plus subtiles. — (4) Les dissentiments dont parle Gaius (2. § 244, page précédente, note 7) sont antérieurs à Caton. Voir aussi (p. suiv., note 2) la contradiction entre Celse, Papinien et Ulpien. — (5) Je citerai, comme exemples d'application, les legs : 1° A l'esclave du testateur, sans la liberté, dans diverses situations (Dig. 35. 1. 86. f. Marcian. — 33. 5. 13. f. Paul. — 30. 1°. 91. §§ 1 et suiv. f. Julian.); — 2° A l'esclave ou au fils de famille de l'héritier (ci-dessous, § 32. — Gai. 2. § 244. — Ulp. Reg. 24. 23); — 3° De la chose appartenant déjà, ou déjà due au légataire (ci-dessous, § 10); — 4° Des matériaux liés à un édifice (Dig. 30. 1°. 41. § 2. f. Ulp.); — 5° D'une servitude prédiale à quelqu'un qui n'est pas propriétaire du fonds dominant (Arg. Vatic. Fragm. § 56).

nullité dès l'origine, et on attendra les événements ultérieurs pour en juger. Dans ce dernier cas se trouvaient les vices résultant des lois nouvelles : « Regula Catoniana ad novas leges non pertinet, » dit Ulpien (1) : ce qui fait allusion indubitablement aux conditions exigées par les lois JULIA et PAPIA POPPÆA pour le *jus capiendi ex testamento*, ou droit de recueillir les libéralités testamentaires; nous savons que c'était seulement au moment où il s'agissait de faire entrer ce droit en application, et même avec un certain délai pour se mettre en règle, que l'existence de ces conditions était exigée (ci-dess., n° 719 *bis* et 812). — Celse, contrairement à l'opinion de Papinien et d'Ulpien, veut aussi comprendre parmi les cas exceptés celui du legs fait au légataire de sa propre chose (2).

862. Nous voyons par ce qui précède en quel sens il faut dire avec Papinien : « Catoniana regula non pertinet ad hereditates (3); en effet, elle n'a pas été faite pour elles; c'est par les seuls principes, bien antérieurs et bien supérieurs, touchant la *testamenti factio*, que se règle ce qui concerne les hérédités. L'opinion contraire, soutenue par Cujas, qui, pour échapper à l'autorité de ce texte, y substituait le mot *libertates* au lieu de *hereditates*, est aujourd'hui avec raison abandonnée. Et nous voyons néanmoins comment et dans quel sens est vraie, sans recourir à la règle Catonienne, cette proposition générale de Javolénus : « Omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint (4)? »

863. La règle Catonienne s'appliquait-elle aux fidéicommis? Nous adoptons l'affirmative sans hésiter pour l'époque de Justinien (5).

---

(1) D. 34. 7. 5. f. Ulp. — (2) Dig. 34. 7. 1. § 2. f. Cels. — 31. 2°. 66. § 6, in fine, f. Papin. — 30 1°. 41. § 2. f. Ulp. — (3) Dig. 34. 7. 3. « *Ad conditionales hereditates non pertinet* », ajoute le fragment 4, qui suit immédiatement, et qui est tiré d'Ulpien : fragment dont l'interprétation peut embarrasser; car si la règle Catonienne ne s'applique à aucune institution, à quoi bon dire qu'elle ne s'applique pas aux institutions conditionnelles? L'interprétation la plus simple et la plus claire est celle qui entend cette loi comme parlant des legs faits dans un testament dont l'institution est conditionnelle. En effet, ces legs sont, par cela seul, subordonnés, dans leur existence, à la condition apposée à l'institution, et l'on ne peut pas dire que le testateur les ait faits dans un but de réalisation immédiate après son décès, puisqu'il les a liés à une institution conditionnelle. Il est vrai qu'on objecte contre cette interprétation une règle incontestable, à savoir que les conditions intrinsèques, tenant forcément à la nature même des droits, ne rendent pas conditionnelles les dispositions qui y sont soumises; qu'ainsi les legs faits purement et simplement, quoique liés à une institution conditionnelle, n'en sont pas moins déclarés par les jurisconsultes romains des legs purs et simples et traités comme tels; que notamment la *dei cessio* y a toujours lieu *a morte testatoris* (D. 35. 1. *De cond. et dem.* 99 f. Papin.; et 107. f. Gai. 36. 2. *Quand. dies leg.* 21. § 1. f. Paul.). Mais c'est précisément en cela qu'aurait consisté l'exception faite à la règle Catonienne. D'autres arrivent à considérer ce fragment relatif aux *conditionales hereditates* comme mal venu dans le Digeste et sans importance. (V. MACHELARD, *De la règle Catonienne*, p. 13 et suiv.) — (4) DIG. 50 17. 201. — (5) Pour l'époque antérieure, on peut tirer argument de Gai. 2. §§ 285 et 287. — Ulp. Reg. 25. §§ 4, 6 et 17. — Voir cependant 32. 3°. 1. § 1, et § 5. f. Ulp.; 7. f. Ulp., qui présenteraient au moins des exceptions à l'application de la règle quant à la faction de testament.

864. Quoique l'ordre des paragraphes qui nous restent à expliquer ne soit ni bien méthodique ni régulièrement suivi, cependant, sauf quelques écarts que nous ferons remarquer, il se présente à peu près ainsi : Des choses qui peuvent être léguées, matière où se trouve intercalé ce qui concerne le droit d'accroissement entre colégataires; — de la perte, des accroissements ou décroissements de la chose léguée; — de ceux à qui on peut léguer; — de la modalité des legs.

Des choses qui peuvent être léguées.

IV. Non solum autem testatoris *vel heredis res*, sed *et aliena* legari potest : ita ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, *si non potest redimere*, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit *cujus non est commercium*, nec æstimatio ejus debetur, sicuti, si campum Martium, vel basilica, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit : nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et, si ignorabat : forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit, et verius esse; ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum; non heredem probare oportere, ignorasse alienam : quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit (1).

4. Peuvent être léguées non-seulement la chose du testateur *ou de l'héritier*; mais encore *celle d'autrui*, en sorte que l'héritier soit obligé de l'acheter et de la fournir au légataire; ou bien son estimation s'il ne peut l'acheter. S'il s'agit d'une chose *qui n'est pas dans le commerce*; comme le champ de Mars, les temples, les basiliques, ou toute autre chose destinée à l'usage public, l'héritier n'en devra pas même l'estimation, car le legs est nul. Quand nous disons que la chose d'autrui peut être léguée, bien entendu si le testateur savait qu'elle était à autrui; et non, s'il l'ignorait, car s'il l'avait su, il ne l'aurait peut-être pas léguée. Ainsi le porte un rescrit d'Antonin le Pieux, qui décide aussi que c'est au demandeur, c'est-à-dire au légataire, à prouver que le testateur savait, et non à l'héritier à prouver qu'il ignorait léguer la chose d'autrui; en effet, le fardeau de la preuve incombe toujours à celui qui agit.

865. *Vel heredis res*; ce qui n'avait lieu autrefois que pour les legs *per damnationem*, ou *sinendi modo* (n°s 838 et 839).

Et aliena : ce qui ne s'appliquait jadis qu'aux legs *per damnationem* (n° 838).

Si non potest redimere : ou bien encore s'il a quelque motif équitable pour être dispensé de fournir la chose elle-même : par exemple, si on exige un prix exorbitant, ou si l'esclave qu'il a été chargé de donner est son père, sa mère ou son frère naturel. Dans ce cas, il entre dans l'office du juge de lui permettre de s'acquitter en payant l'estimation (2).

Cujus non est commercium : Mais la chose léguée est due, bien que l'acquisition en soit difficile, pourvu que cette acquisition soit possible juridiquement, sauf à l'héritier à ne payer que l'estimation de la chose, si en fait il ne peut l'acquérir (3).

(1) Dig. 22. 3. 21. f. Marcian. — (2) Dig. 30. 1°. 71. § 3. f. Ulp. — 32. 3°. 30. § 6. f. Labéon. — (3) Dig. 30. 1°. 39. §§ 7 à 10. f. Ulp. — Ulp. Reg. 24. § 9. — Dig. 45. 1. 83. § 5. f. Paul. — 137. § 6. f. Venulei

V. Sed et si *rem obligatam* creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

5. Si le legs est *d'une chose engagée à un créancier*, l'héritier devra la dégager. Pourvu, dans ce cas, comme dans celui de la chose d'autrui, que le défunt sût que la chose était engagée : ainsi l'ont décidé par rescrit Sévère et Antonin. Si cependant le testateur a voulu que le dégagement fût à la charge du légataire, et l'a exprimé ainsi, l'héritier ne doit pas le faire.

Rem obligatam : c'est-à-dire hypothéquée, livrée en gage (1).

VI. Si res aliena legata fuerit, et ejus *vivo testatore* legatarius dominus factus fuerit : si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione *pretium* consequi potest ; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas *in eundem hominem* et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest utrum rem an æstimationem ex testamento consecutus est : nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa ; *si æstimationem, agere potest.*

6. Si la chose d'autrui a été léguée et que, du vivant du testateur, le légataire en ait acquis la propriété, il peut, si c'est à titre d'achat, *obtenir le prix*, par l'action *ex testamento ;* mais si c'est à titre lucratif, comme par donation, ou par autre cause semblable, il n'a pas d'action. Car il est reçu traditionnellement que deux causes lucratives ne peuvent se cumuler, pour une même chose, *sur un même individu*. Par la même raison, si la même chose a été léguée par deux testateurs au même légataire, il importe beaucoup s'il a reçu d'abord la chose ou son estimation ; car si c'est la chose, il n'a plus d'action, puisqu'il la tient à cause lucrative ; si *c'est l'estimation, il peut encore agir.*

866. *Vivo testatore.* Du vivant du testateur, ou même à une époque quelconque après sa mort, tant que le legs n'a pas été acquitté. En effet, c'est une règle non pas spéciale aux legs, mais générale en matière d'obligation, que celui qui doit pour une cause lucrative une chose déterminée, est libéré si le créancier a acquis cette chose à titre lucratif : « Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset (2). »

Pretium : le prix qu'il lui en a coûté : « Usque ad pretium quod mihi abest competet mihi actio ex testamento », dit Ulpien (3). Ce qui doit s'appliquer non-seulement au cas d'achat, mais à toute autre acquisition à titre onéreux : le légataire doit être indemnisé des sacrifices qu'il a faits pour avoir la chose, car l'intention du testateur a été de la lui faire avoir gratuitement.

In eundem hominem : ce qui demande quelques distinctions quand il s'agit du maître et de l'esclave. En effet, nous voyons au Digeste qu'on peut léguer valablement, même sans condition, à un esclave, la chose qui appartient ou qui est déjà due à son maître (4). Pareillement, que la même chose soit léguée par deux

(1) PAUL. Sent. 3. 6. § 8. — Dig. 30. 1°. 57. f. Ulp. — (2) DIG. 44. 7. 17. f. Julian. — 32. 3°. 21. § 1. f. Paul. — (3) DIG. 30. 1°. 34. § 7. f. Ulp. — (4) DIG. 31. 2°. 82. § 2. f. Paul.

testateurs au maître et à son esclave, chaque legs sera valable et devra recevoir son exécution indépendamment de l'autre. Cela tient à un principe que nous avons déjà énoncé (page 346, note 2), et que nous aurons bientôt occasion de développer. De même, si la chose qui m'a été léguée est remise à titre lucratif, par exemple en donation, à mon esclave, bien qu'elle me soit acquise gratuitement, je pourrai toujours agir *ex testamento* pour m'en faire payer la valeur en vertu du legs (1). Il est vrai que le jurisconsulte en donne un autre motif. Les mêmes décisions doivent s'appliquer au fils de famille.

Si æstimationem, agere potest; car avoir reçu l'estimation, ce n'est pas avoir acquis la chose. Le bénéfice procuré par le testament le premier exécuté ne nuit donc en rien à l'exécution du second (2).

VII. Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

7. On peut léguer une chose qui n'existe pas, pourvu qu'elle soit à venir; par exemple les fruits que produira tel champ, l'enfant qui naîtra de telle esclave.

Ces choses à venir ne pouvaient être léguées jadis que *per damnationem* (n° 838) (3).

VIII. Si eadem res duobus legata sit, *sive conjunctim, sive disjunctim,* si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat : Titio et Seio hominem Stichum do lego; disjunctim ita : Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego. Sed et si expresserit eundem hominem Stichum, æque disjunctim legatum intelligitur.

8. Si la même chose est léguée à deux légataires, soit conjointement, soit séparément, et que tous deux viennent au legs, il se divise entre eux. Si l'un des deux fait défaut, soit par refus du legs, soit par décès avant le testateur, ou pour toute autre cause, le colégataire a le legs tout entier. Or, on lègue conjointement, par exemple, en disant : Je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius et à Seius; disjointement en disant : Je donne et lègue à Titius l'esclave Stichus; je donne et lègue à Seius, Stichus. Eût-il dit encore, le même esclave Stichus, le legs n'en serait pas moins fait disjointement.

867. Il s'agit ici du droit d'accroissement entre colégataires, matière qui se trouve mêlée aux paragraphes traitant des *choses léguées,* et qui néanmoins demanderait une place à part.

Du droit d'accroissement entre colégataires, et du jus caduca vindicandi *des lois caducaires.*

868. Le testament restant valable, il peut arriver que tel ou tel legs soit infirmé (V. ci-dess., n° 773 et suiv.) A ce sujet, trois cas bien distincts se présentent : 1° le legs peut être nul dès le principe,

(1) Dig. 30. 1°. 108. § 1. f. Afric. — (2) Dig. 30. 1°. 34. § 2. f. Ulp. — 31. 2°. 66. §§ 1 et suiv. f. Papin. — 50. 16. 88. f. Cels. — (3) Gai. 2. § 203.

par exemple, parce que le légataire, à l'époque de la disposition, était déjà mort ou incapable. On dit alors que le legs est réputé non écrit (*pro non scripto*). 2° Ou bien, la disposition étant valable par elle-même et dans l'origine, le légataire peut défaillir, manquer à son legs (*deficere*). Cela a lieu s'il le refuse, ou bien si, avant que le droit éventuel se soit fixé à son profit (avant l'époque où le *dies cedit*), il est devenu incapable, par exemple s'il est mort ou s'il a essuyé la grande ou la moyenne diminution de tête. Dans ce cas, on peut dire que le legs est *irritum*, inutile, ou *destitutum*, abandonné. 3° Ou enfin le legs, quoique valable dès le principe et fixé au profit du légataire à l'époque où le *dies cedit*, peut lui être enlevé pour cause d'indignité. On le nomme *ereptitium* (*quæ ut indignis eripiuntur*).

Que deviennent les legs ainsi infirmés? Le dernier cas est régi à part. Ici le droit s'est fixé au profit du légataire : ce qui lui est enlevé pour indignité est généralement dévolu au fisc. Mais, dans les deux premiers cas, le légataire n'a jamais eu de droit; naturellement, et à part toute circonstance spéciale, le legs doit donc profiter à l'héritier qui en était grevé. C'était une disposition mise à sa charge. Cette disposition est ou réputée non écrite, ou inutile, ou abandonnée; il s'en trouve donc libéré. Cependant une circonstance particulière, celle où la même chose a été léguée à plusieurs, peut faire qu'il en soit autrement. Dans cette hypothèse, en effet, quoique le legs soit nul à l'égard de l'un des légataires, ou que l'un de ces légataires soit défaillant, les autres à qui la chose a été léguée aussi ne sont-ils pas là pour la recueillir? n'est-ce pas à eux que doit revenir le profit de la nullité du legs ou de la défaillance à l'égard de l'un d'entre eux? C'est cette question que la jurisprudence romaine avait réglementée sous le nom de *droit d'accroissement*, et qu'il importe d'examiner.

869. D'un autre côté, lorsqu'une nouvelle sorte d'incapacité, celle relative au *jus capiendi*, a été introduite dans la législation romaine par quelques lois spéciales, les lois Junia Norbana, Julia testamentaria et Papia Poppæa, les legs tombés en déchéance faute de l'existence de ce *jus capiendi* ont été traités à part. L'ancienne jurisprudence sur le droit d'accroissement n'y a été appliquée que par exception, et une autre sorte de droit particulier, *jus caduca vindicandi*, a été créé pour eux, droit qui a envahi même, par assimilation, les autres cas de déchéance. Ici la circonstance que la même chose aurait été léguée à plusieurs n'a plus été la condition fondamentale de ce droit nouveau, *caduca vindicandi*. Ce droit a été le privilége de la paternité. La circonstance d'une même chose léguée à plusieurs n'y a plus été qu'une considération accessoire, seulement pour l'ordre dans lequel serait exercé le *jus caduca vindicandi;* mais, comme telle, elle a continué à y figurer et veut aussi y être étudiée.

870. On nomme colégataires (*collegatarii*), en général, tous ceux à qui une même chose a été léguée par un même testament. Or cela peut avoir lieu, comme nous dit le texte, de deux manières : soit conjointement (*conjunctim*), si c'est par une seule et même disposition : « Je lègue à Titius et à Seius l'esclave Stichus » ; soit disjointement (*disjunctim*), s'il y a dans le même testament autant de dispositions séparées que de légataires : « Je lègue à Titius l'esclave Stichus ; je lègue à Seius le même esclave Stichus, etc. » Dans l'un comme dans l'autre cas, on dit aussi que les légataires sont conjoints, que le legs leur est fait conjointement (1); mais alors on ne se préoccupe que de la chose, et non de la disposition. En effet, quant à la chose, ils sont toujours conjoints : c'est la même chose qui leur a été léguée à chacun.— Ces diverses idées se trouvent précisées et distinguées en d'autres termes dans une autre classification reçue aussi chez les jurisconsultes romains, et qui nous est indiquée par Paul : « Triplici » modo conjunctio intelligitur : aut enim *re* per se conjunctio » contingit, aut *re et verbis*, aut *verbis tantum* (2). » Sont conjoints par la chose seulement (*re conjuncti*, ou *re tantum*, ou *re non etiam verbis*) ceux à qui la même chose a été léguée dans le même testament par des dispositions séparées (*disjunctim*, ou *separatim*). Sont conjoints par la chose et par les paroles (*re et verbis*) ceux à qui elle a été léguée par une seule et même disposition (*conjunctim*). Enfin sont conjoints par les paroles seulement (*verbis tantum*, ou *verbis, non etiam re*) ceux à qui la même chose a été léguée, mais avec indication de parts entre eux : par exemple, je lègue à Titius et à Seius tel fonds par parties égales, ou à chacun pour moitié, ou dans toute autre proportion (3). Ici les légataires ne sont pas réellement conjoints, colégataires : il n'y a que l'apparence. Ce n'est véritablement pas la même chose qui leur a été léguée, mais des choses distinctes et séparées : à chacun sa part. Toutefois cette sorte de conjonction ne laissait pas de produire un certain effet sous la législation des lois JULIA et PAPIA POPPÆA, quant à l'ordre dans lequel serait exercé le *jus caduca vindicandi*, dont la cause fondamentale était avant tout dans la paternité.

Pour éclairer ce qui concerne le droit d'accroissement et le *jus caduca vindicandi* qui est venu se placer à côté, quelquefois même s'y substituer, il faut donc suivre la progression historique du droit (4). Trois époques principales sont à distinguer :

---

(1) DIG. 32. 3°. 80. f. Cels. — (2) DIG. 50. 16. 142. f. Paul. — (3) « *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re :* Titio et Seio fundum æquis partibus do lego; *quoniam semper partes habent legatarii.* » Dig. 32. 3°. 89. f. Paul.

(4) Voir sur ce point, après les deux ouvrages spéciaux de HOLTIUS (Liége, 1830, 8°) et de D'HAUTHUILLE (Marseille, 1834), le travail plein d'intérêt et fort instructif publié par notre collègue et ami M. MACHELARD, *Dissertation sur*

871. I. *Époque de la distinction des legs en quatre classes, mais antérieurement aux lois* JULIA *et* PAPIA POPPÆA. Sous cette période, il n'est question que du *droit d'accroissement;* c'est par la formule même, et rigoureusement, d'après les termes et les effets de cette formule, qu'il faut juger les diverses conséquences du legs sous ce rapport, comme sous tous les autres.

872. S'agit-il d'un legs *per vindicationem,* que la même chose ait été léguée à plusieurs, soit *conjunctim,* soit *disjunctim,* l'accroissement a lieu : c'est-à-dire que l'un des légataires venant à défaillir, ou le legs étant nul (*pro non scripto*) par rapport à lui, sa part accroît au colégataire (1). — En effet, il s'agit ici d'un legs de propriété; par la formule même de ce legs, au moment où il arrive à produire son effet, la chose entière est à chacun des légataires, la propriété leur a été transférée à chacun en totalité (*in solidum habuerant*). Telle est l'interprétation stricte et rigoureuse de la formule civile, même dans le cas où il n'y a eu qu'une seule disposition : « *Titio et Seio hominem Stichum do lego.* » Si, en venant ensemble, les deux colégataires sont obligés de se partager la chose, ce n'est qu'à cause de leur concours (*in solidum habuerant; concursu res divisa est*) (2). Le concours cessant, soit par la nullité du legs à l'égard de l'un des légataires, soit par la défaillance de l'un d'eux, aucun partage ne doit plus avoir lieu : celui qui reste garde la chose en totalité. De sorte qu'à vrai dire, l'expression d'accroissement sous cette période est inexacte; pour le légataire qui reste seul, il y a plutôt non-décroissement qu'accroissement. — Mais rien de cela n'aurait lieu si les deux légataires étaient conjoints par les paroles seulement : « *Titio et Seio fundum æquis partibus do lego.* » D'après la formule même, la propriété ne leur a été transférée à chacun que pour une partie, quoique par indivis; quel que soit le sort de l'autre partie, cela ne peut modifier leur droit.

873. S'agit-il d'un legs *per damnationem,* l'accroissement n'a jamais lieu. En effet : — ou le legs de la même chose à plusieurs a été fait *conjunctim :* « *Heres meus, fundum Titio et Seio dare damnas esto* »; un pareil legs n'est destiné à transférer aux légataires aucun droit de propriété, mais seulement un droit de créance en commun; or, c'est une règle générale du droit, que les créances (*nomina*), dès qu'elles existent en commun au profit ou à la charge de plusieurs, se divisent par leur seule nature (3). Le testateur, quoique disposant à l'avance et éventuellement, est considéré comme s'étant reporté au moment où les legs se réali-

---

l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires; Paris, 1860, in-8°. — (1) GAI. 2. § 199. — Ulp. Reg. 24. § 12. — Vatic. J. R. Fragm. §§ 75 à 88, sur le droit d'accroissement dans le legs d'usufruit. — (2) DIG. 7. 2. 3. pr f. Ulp. — (3) Aussi, d'après la loi des Douze Tables elle-même, l'action *familiæ erciscundæ* ne s'appliquait-elle pas aux créances. Dig. 10. 2. 2. § 5. f. Ulp.

seraient, et n'ayant voulu condamner son héritier qu'au payement d'une dette ainsi divisée. Titius et Séius n'ont donc été destinés par lui qu'à avoir contre l'héritier une action, chacun pour la moitié du fonds, sans que le sort de l'une puisse influer sur l'autre. Le même effet de division qu'auraient produit relativement à la propriété les expressions *æquis partibus* ajoutées dans la formule *per vindicationem*, le testateur est censé l'avoir voulu produire dans le legs *per damnationem*, relativement à la créance que fera naître ce legs, à cause de la nature divisible des obligations. Il n'y a donc pas d'accroissement (1) : « *Jus accrescendi cessat; non immerito quoniam damnatio partes facit*, » disent les Fragments du Vatican (2). — Ou le legs a été fait *disjunctim* : « *Heres meus hominem Stichum Titio dare damnas esto. Heres meus hominem Stichum Seio dare damnas esto*, etc. » Dans ce cas, il y a autant de créances qu'il y a de dispositions; Stichus est dû autant de fois qu'il a été légué : le concours ne force à aucun partage, ou plutôt il n'y a pas de concours, car il ne s'agit pas de propriété, mais d'obligation; l'héritier devra fournir à chaque légataire ou Stichus, ou son estimation (*singulis solida res debebitur, ut scilicet heres alteri rem, alteri ejus æstimationem præstare debeat*) (3), et cela quel qu'ait été le sort de l'autre legs. Qu'il y ait ou non nullité ou défaillance pour l'un des legs, ceux qui subsistent n'éprouvent ni accroissement ni décroissement. — En un mot, on traite la *damnatio* comme on traiterait la stipulation faite par une personne intéressée à stipuler pour des tiers et qui l'aurait fait soit en stipulant pour eux en commun : « *Titio et Seio fundum Cornelianum dare promittis-ne?* » soit en stipulant pour chacun d'eux séparément (4).

Quant aux legs *sinendi modo* ou *per præceptionem*, dont la nature était moins tranchée, ils avaient donné lieu entre les jurisconsultes, pour le droit d'accroissement, à des divergences d'opinions curieuses, qu'il serait trop long de rapporter ici (5).

874. Nous dirons pour l'accroissement entre colégataires ce que nous avons dit de l'accroissement entre cohéritiers : qu'il avait lieu *sine onere*, c'est-à-dire dégagé des charges que le testateur avait pu imposer particulièrement au legs nul ou en défaillance, comme d'ériger un monument, de faire tel voyage ou telle autre chose, de donner telle somme à l'héritier (ci-dessous, n°s 924 et suiv.) (6); et cela toujours par la même raison, laquelle se présente ici avec plus de force encore : c'est qu'il n'y a, de la part du légataire auquel profite l'accroissement, qu'une conséquence, qu'un exercice de son propre droit, de sa propre vocation au legs

(1) Gai. 2. § 205. — Ulp. Reg. 24. § 13. — (2) Vatic. J. R. Fragm. §§ 35 et 87. — (3) Gai. 2. § 205 — (4) M. Machelard explique cette assimilation par le caractère de l'obligation que contractait l'*emptor familiæ* vis-à-vis des légataires. — (5) Gai. 2. §§ 215 et 223. — (6) D. 35. 1. *De cond. et demonst.* 30. f. Julian.

telle qu'elle a été faite. Il ne vient pas prendre la place du défaillant, et demeure étranger, par conséquent, aux charges qui avaient pu être imposées à celui-ci. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, qu'il résultât des dispositions mêmes du testateur, que ce testateur a voulu grever de ces charges conjointement l'un et l'autre des légataires (1).

875. II. *Système introduit par les lois* Julia *et* Papia Poppæa. Nous avons déjà eu plus d'une occasion de parler de ces deux lois, qui cherchèrent à remédier par la fiscalité à la dépravation des mœurs et à l'épuisement de la population légitime des citoyens (tome I, *Hist.*, n°s 369 et suiv.). Elles apportèrent de profondes modifications à l'application du droit d'accroissement que nous venons d'exposer : en créant une nouvelle sorte d'incapacité, la privation du *jus capiendi*, et un nouveau droit privilégié, le *jus caduca vindicandi*, elles ne conservèrent que d'une manière exceptionnelle cet ancien droit d'accroissement, et mirent à côté et souvent à sa place le droit nouveau et distinct *caduca vindicandi*. De telle sorte qu'ici il s'agit à la fois de l'ancien droit et du droit nouveau : du droit d'accroissement dans les cas pour lesquels il a été maintenu, du *jus caduca vindicandi* dans tous les autres cas.

876. Les lois Julia et Papia Poppæa ayant frappé d'incapacité totale ou partielle de recueillir (*capere ex testamento*) les héritiers ou légataires qui étaient célibataires (*cœlibes*) ou sans enfants (*orbi*) (ci-dess., n° 719 *bis*); et de plus ayant reculé jusqu'au jour de l'ouverture des tables du testament l'époque de l'adition pour les hérédités, et celle de la *dies cessio*, c'est-à-dire l'époque de la fixation du droit, pour les legs (ci-dess., n° 853), il arriva que des dispositions, qui auraient dû être valables et recueillies par l'héritier ou par le légataire d'après le droit civil tombèrent, furent frappées de déchéance par ces lois. Cette image de la disposition qui tombe passa comme expression figurée dans la langue technique du droit : on appela *caduque* (de *cadere*, tomber) toute disposition qui, quoique valable et dévolue à l'appelé selon le droit civil, tombait en quelque sorte de ses mains, de sa personne, par suite des lois nouvelles : « *Velut ceciderit ab eo* », dit Ulpien. L'adjectif *caducus, caduca, caducum*, désignant une qualité si souvent réalisée dans les dispositions testamentaires, se transforma en substantif, devint consacré, et les *caduca* tinrent la plus large place dans les écrits des jurisconsultes et dans la préoccupation des citoyens ; nous les retrouvons jusque dans les satires du poëte.

C'est une conviction pour nous, dans l'histoire de la langue et des idées juridiques des Romains, que cette dénomination de *caducum* ainsi employée a été comme un mot nouveau, sorti des

(1) *Ibid.* 54. § 1. f. Javol.

lois nouvelles, et qu'il a été exclusivement propre, dans l'époque historique que nous examinons, aux déchéances introduites par ces lois, nommées par cette raison lois *caducaires*. Il en a été de cette idée et de cette dénomination comme de celles du *jus capiendi ex testamento* séparé de la *testamenti factio* et exigé comme condition nouvelle : la date en est aussi dans ces mêmes lois. Les applications postérieures qui en ont été faites au cas du Latin Junien par la loi Junia Norbana, rendue peu de temps après (ci-dess., n° 65), ou par d'autres dispositions (ci-dess., n° 719 *bis*), n'ont été que des imitations ou des développements du système de ces lois. Sans doute le mot *capere* appartient à la langue la plus ancienne du droit romain; on le trouve comme racine dans le mancipium (*manu-capere*), dans l'usucapion (*usu-capere*), même en fait d'hérédité dans les formules de la loi Voconia, où il est employé, chose remarquable, pour désigner l'aptitude à être institué; mais il ne prend sa signification spéciale et distincte qu'à partir des lois Julia et Papia. Ainsi en est-il du mot *caducum* : on le chercherait en vain avec sa signification spéciale dans la littérature latine antérieure à ces deux lois, ou même dans les ouvrages des écrivains illustres, comme Cicéron, qui nous ont révélé le plus de mots reçus dans la vieille langue juridique.

Quant aux nullités ou aux déchéances provenant de l'ancien droit civil lui-même, et par conséquent connues antérieurement, elles ont subi dans les lois Julia et Papia un sort différent : — Les dispositions nulles dès leur origine (*pro non scriptis*) n'ont pas été atteintes par les innovations des lois caducaires relatives à la dévolution des *caduca;* elles sont restées en dehors de ces innovations, continuant à être soumises aux règles de l'ancien droit sur l'accroissement; — mais les déchéances provenant de cet ancien droit civil, c'est-à-dire les cas où la disposition, quoique valable dans son origine, faisait défaut dans les termes du droit civil, ont été enlevés par la loi Papia aux règles de cet ancien droit sur l'accroissement et soumises aux mêmes règles que les *caduca;* on a dit alors de ces dispositions qu'elles étaient non pas des *caduca,* mais *in causa caduci,* c'est-à-dire dans la condition des caduques.

L'antithèse entre les *caduca* et les déchéances *in causa caduci* est évidemment pour nous celle entre les lois nouvelles et l'ancien droit civil; elle se trouve exprimée formellement dans la définition d'Ulpien : « Quod quis sibi testamento relictum, ita ut *jure civili* capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo (1) »; et elle est dans la marche naturelle

(1) Ulp. *Reg.* 17. § 1. Notez bien qu'Ulpien ne parle pas seulement des dispositions valables *ab initio,* mais de celles que l'appelé pourrait recueillir (*capere possit*) suivant le droit civil, et il y oppose celles que par toute autre cause il ne recueillera pas : toute autre cause, par conséquent, que celles provenant *ex jure civili;* l'antithèse est flagrante.

des idées. Les lois Julia et Papia, créant de nouvelles causes de déchéance, disposent suivant leur dessein des dispositions ainsi frappées par elles; et prenant en outre les déchéances déjà existantes d'après le droit civil, qu'elles ne créent point et qui continueraient à subsister sans elles, elles les enlèvent au règlement de ce droit civil, pour les assimiler à celles qu'elles ont introduites elles-mêmes. — Il est vrai que la constitution de Justinien *De caducis tollendis*, dans laquelle se rencontre énoncée avec précision la division tripartite des libéralités *pro non scriptis*, *caduca* ou *in causa caduci*, donne une autre base de distinction entre ces deux derniers termes (1). Mais nous sommes, avec cette constitution, à une époque où depuis longtemps il ne reste que des vestiges des lois caducaires, où les cas principaux de caducité introduits par ces lois ont cessé d'être; et bien que la constitution de Justinien signale comme venant des anciens la distinction qu'elle énonce, nous ne saurions, tout en admettant que cette manière de marquer la séparation entre les *caduca* et les libéralités *in causa caduci* ait pu s'introduire après coup dans la jurisprudence, y voir la distinction originaire et logique des lois Julia et Papia. Ajoutons cependant que cette question, importante quant aux origines, ne l'est en rien quant aux conséquences pratiques, puisque les *caduca* et les libéralités *in causa caduci* étaient traitées de même façon. Ajoutons encore que fréquemment les jurisconsultes romains ont employé d'une manière générale, pour

(1) C. 6. 51. *De caducis tollendis*. § 2. La distinction, suivant cette constitution, tient à savoir si la libéralité, valable dans son principe, a fait défaut *vivo testatore*, vel *mortuo* : dans le premier cas elle est *caduca*, dans le second *in causa caduci*. Mais l'empereur ne cite, pour l'un comme pour l'autre cas, que des causes de déchéance provenant du droit civil; de celles en effet qui avaient été introduites par les lois caducaires il n'en reste plus aucune à cette époque, sauf les chances plus grandes de déchéance provenant de ce que le moment à considérer pour l'appréciation de la capacité avait été reculé, par ces lois, du jour de la mort du testateur au jour de l'ouverture du testament. Vestige dernier, qu'abroge Justinien. — Ulpien, au contraire, du temps duquel existent encore les causes de déchéance créées par les lois nouvelles, n'en cite que de cette nature comme exemples de *caduca* : « Verbi gratia, si cælibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel cælebs legis paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit : aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel peregrer factus sit. » (Ulp. *Reg.* 17. § 1.) A ces cas cités, comme le dit Ulpien lui-même, par forme d'exemples (*verbi gratia*), il faut ajouter les cas de caducité résultant de l'*orbitas*, ou des règles relatives au *jus capiendi* entre époux, ou des privations de ce *jus capiendi* prononcées par quelques dispositions postérieures (ci-dess., n° 719 *bis*). — La divergence, du reste, ne roule, en définitive, que sur les quatre cas de mort ou de grande ou moyenne *capitis deminutio* de l'institué, ou de répudiation de la libéralité, survenus *post apertas tabulas*, ou encore de défaillance de la condition ayant eu lieu après la mort du testateur : lesquels constitueraient de vrais *caduca*, suivant le système de la constitution de Justinien, comme venus après la mort du testateur; et des déchéances *in causa caduci*, suivant le système originaire, comme provenant du droit civil. Mais quant aux conséquences pratiques dans la manière dont les traitait la loi Papia, nulle différence.

les unes aussi bien que pour les autres, l'expression de *caduca*, comme nous pourrons le faire encore fréquemment *brevitatis causa*, et comme plus d'une fois aussi ils ont employé les mots de *capere* ou *jus capiendi*, en place de la *testamenti factio*. Les différences ne sont jamais aussi purement tranchées dans le langage usuel que dans la doctrine.

877. Les dispositions caduques (*caduca*) et celles qui leur étaient assimilées (*in causa caduci*), ainsi constituées; qu'en fit la loi PAPIA POPPÆA? Elle les attribua, non plus en exécution des formules du testament, mais de sa propre autorité, à titre nouveau, aux héritiers et aux légataires compris dans le même testament et ayant des enfants (*patres*), sans distinguer, à l'égard des légataires, si le legs leur avait été fait *per vindicationem* ou *per damnationem* (V. n° 873). Enlevés aux uns, attribués aux autres, les *caduca* étaient du même coup punition pour la stérilité et récompense pour la procréation légitime (1). Ce ne fut pas là un droit d'accroissement, mais une acquisition nouvelle : aussi le nom consacré fut-il celui de *jus caduca vindicandi*. Et ce mode d'acquisition fut compté au nombre des moyens d'acquérir le domaine romain en vertu de la loi (*ex lege*) (2).

Mais dans quel ordre les pères (*patres*) inscrits dans le testament seront-ils appelés, comme prix de leur paternité, à réclamer les *caduca?* Cet ordre fut ainsi marqué par la loi :

1° D'abord les légataires conjoints ayant des enfants (*patres*), en prenant ce mots de *conjoints* au pied de la lettre, c'est-à-dire *conjoints par une seule et même disposition;* ce qui comprend les légataires conjoints *re et verbis* et ceux qui ne le sont que par l'apparence, c'est-à-dire *verbis tantum :* de telle sorte qu'on arrive à ce résultat singulier, que ce droit de préférence au premier rang, pour l'exercice du *jus caduca vindicandi*, est accordé à ces derniers, tandis qu'il ne l'est pas aux *patres* légataires conjoints *re tantum*, c'est-à-dire à ceux à qui la chose a été léguée individuellement en totalité (3); bizarrerie difficile à justifier, si

---

(1) Pour les hommes seulement; aucun texte n'attribue à la femme, quel que soit le nombre de ses enfants, le *jus caduca vindicandi*.

(2) « *Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium* (ou *ereptitium*) *ex lege Papia Poppæa, item legatum ex lege XII Tabularum.* » Ulp. 19. § 17. — On peut conjecturer, par ce fragment, que la disposition enlevée pour cause d'indignité (c'est ce que désigne, selon toute probabilité, le mot *ereptorium* ou *ereptitium*) fut attribuée, comme les caducs, du moins en certains cas, aux pères inscrits dans le même testament, en récompense de leur paternité.

(3) C'est ainsi que s'explique un fragment de Paul (Dig. 32. *De legatis* 3°. 89), qui parle de cette préférence accordée par la loi PAPIA aux légataires conjoints *verbis tantum*, sur les légataires qui ne sont conjoints d'aucune façon; fragment incompréhensible tant qu'on a voulu l'entendre du droit d'accroissement ordinaire entre colégataires. Voyez l'*Analyse histor. du droit d'accroiss.*, que nous avons citée, par M. HOLTIUS, p. 9 à 19; insérée en dissertation dans la *Thémis*, t. 9, p. 235 et 534. — Le sens de ce fragment est désormais incon-

ce n'est en disant qu'il ne s'agit pas ici d'un droit d'accroissement résultant du testament, mais d'une attribution que la loi fait elle-même pour récompenser la paternité, et d'un ordre qu'elle établit à son gré dans cette attribution ;

2° A défaut de *patres* légataires conjoints, ou si aucun de ceux qui sont conjoints n'a la paternité, les héritiers qui sont pères;

3° Faute d'héritier ayant cette qualité, les légataires ayant des enfants, bien qu'ils ne soient conjoints d'aucune manière, par la seule raison qu'ils sont nommés dans le testament, par privilége et en récompense de leur paternité (1);

4° Enfin, à défaut de toute personne ayant des enfants, le trésor public (*ærarium*), c'est-à-dire le trésor du peuple, par opposition au fisc ou trésor impérial : « *Ad populum* », dit Gaius; et Tacite nous en donne cette raison, qui se trouvait sans doute dans quelque exposé ou discours panégyrique du projet de loi : « Ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret » (2). Mais, lorsque la puissance impériale croissant, cette distinction s'est évanouie, et qu'il n'y a plus eu d'autre trésor public que celui du prince, il n'a plus été question que du fisc.

878. L'attribution des *caduca* ainsi faite par la loi PAPIA était une attribution nouvelle, une vocation exceptionnelle à prendre la libéralité caduque : il fallait donc prendre cette libéralité telle que le testateur l'avait faite, avec les charges, affranchissements, legs, fidéicommis, actes à faire ou à ne pas faire, dont il pouvait

---

testable en ce qui concerne l'admission des conjoints *verbis tantum* au droit de réclamer les *caduca;* mais on peut faire difficulté d'y voir également l'exclusion des conjoints *re tantum*. Ceux-ci ont individuellement dans leur legs la chose en totalité; que celui à qui elle était léguée d'autre part soit incapable, ne semble-t-il pas que la chose devrait toujours leur rester en totalité, sans même recourir au *jus caduca vindicandi?* — Quoi qu'il en soit, on peut voir une bizarrerie et une difficulté analogues dans les articles 1044 et 1045 de notre Code Napoléon.

(1) Il résultait de là que si la libéralité caduque était une part d'hérédité, des légataires, au moyen de la *vindicatio caduci*, se trouvaient transformés en héritiers : ce qui était comme un tour de force dans les idées romaines. Mais il fallait pour cela que quelqu'un des institués eût le *jus capiendi* pour partie, comme l'aurait un *orbus* ou une personne exceptée des exigences de la loi et instituée partiellement, afin que le testament fût soutenu par son adition; car si tous les institués étant *cælibes* se trouvaient dépourvus de tout droit de prendre l'hérédité, le testament tombait faute d'héritier, le droit des légataires fussent-ils *patres* s'évanouissait, non-seulement pour la *caduci vindicatio*, mais même pour leurs legs; l'*ærarium* lui-même n'arrivait pas et l'on passait à l'hérédité *ab intestat*. (GAI. 2. § 144. — V. ci-dess., n° 778.)

(2) TACIT. *Ann.* 3. § 28. — GAI. 2. § 286. — Les détails qui nous ont été révélés par GAIUS (2. §§ 206 et 207) sur l'ordre dans lequel le *jus caduca vindicandi* était accordé aux pères, sont précieux. Ils jettent un jour presque complet sur divers passages, mal appréciés, des jurisconsultes et même des littérateurs romains. Ils ont été ignorés de nos grands interprètes du seizième et du dix-septième siècle, qui n'ont pu apercevoir que d'une manière vague ce que c'était que ce *jus caduca vindicandi* et à quelles personnes il était attribué.

l'avoir grevée ; d'où la règle que nous lisons dans Ulpien : « *Caduca cum suo onere fiunt* », et que le jurisconsulte applique nominativement à toutes les libéralités caduques quelles qu'elles soient, parts d'hérédité, legs ou fidéicommis (1). Ainsi, nous avons pour la *vindicatio caduci*, au sujet des charges, une règle inverse de celle qui existait pour l'accroissement (ci-dessus, n° 743, et t. 3, n° 1133) : les deux situations sont en effet toutes différentes. Nous avons, au contraire, la même règle que pour les substitutions (voy. aux mêmes numéros) : la situation, en effet, de celui qui est appelé à prendre la libéralité caduque est analogue à celle d'un substitué ; tous les deux sont appelés à la place du défaillant, l'un par la vocation de la loi PAPIA, l'autre par celle du testateur.

Il faut conclure de là qu'à la différence encore de l'accroissement et à la ressemblance de la substitution, l'attribution des *caduca* n'avait pas lieu forcément et de droit ; c'était à celui qui y était appelé à voir s'il voulait l'accepter ou non. L'expression *vindicatio caduci* désigne l'acte par lequel il réclamait la libéralité caduque ; et ce devait être une véritable *vindicatio* toutes les fois que la libéralité par sa nature en était susceptible, puisque, nous le savons, Ulpien avait mis le *caducum* au nombre des cas d'acquisition du domaine romain *ex lege*, sur la même ligne que le *legatum* (voy. au numéro précédent, avec la note 1).

878 *bis*. Les lois JULIA et PAPIA POPPÆA avaient excepté de leurs dispositions différentes personnes : les unes par des motifs tirés de l'âge ou de quelque impossibilité de se mettre en règle avec les exigences de ces lois ; les autres par des raisons de cognation ou d'alliance (ci-dess., n° 719 *bis*. — Ainsi, les impubères étaient indubitablement exceptés des peines du célibat ; en l'absence d'un texte qui nous le dise, la question n'est pas là : elle est de savoir si la loi JULIA n'avait pas été plus loin, en laissant une certaine latitude d'âge pour se marier ; une phrase de Tertullien l'indique sans préciser le chiffre (2). Quant à la condition d'avoir des enfants, la loi PAPIA ne l'exigeait qu'à partir de vingt-cinq ans pour l'homme et de vingt ans pour la femme (3). — En sens inverse, passé soixante ans pour l'homme et cinquante ans pour la femme, les lois JULIA et PAPIA POPPÆA n'appliquaient plus leur peine de caducité. A l'égard des personnes mariées ayant le malheur de se trouver à cet âge sans enfant, ce devait être toujours justice, dans le présent comme dans l'avenir. Mais à l'égard des non-mariés, c'était un tempérament qui leur était dû sans doute au moment de la promulgation de la loi JULIA : à quoi bon les aller contraindre, à cet âge, à contracter des mariages séniles,

(1) ULP. *Reg.* 17. §§ 2 et 3.

(2) « ... Papiæ leges, quæ ante liberos suscipi cogunt, quam Juliæ matrimonium contrahi. » (TERTULL. *Apolog.*, ch. 4.)

(3) « ... Ejus ætatis a qua lex liberos exigit, id est si vir minor annorum viginti quinque sit, aut uxor annorum viginti minor. » (ULP. *Reg.* 16. § 1.)

eux que la loi surprenait, vieillards, en état de célibat? Mais l'excuse ne devait plus avoir sa raison d'être lorsqu'un certain temps se serait écoulé depuis la promulgation : suffirait-il d'avoir gardé obstinément le célibat jusqu'à la vieillesse pour échapper finalement aux déchéances? Aussi un sénatus-consulte PERNICIEN sous Tibère, lequel reçut un certain adoucissement sous Claude, supprima-t-il cette excuse pour ceux qui n'auraient obéi avant cet âge ni à l'une ni à l'autre des deux lois (1). — Après la dissolution du mariage, la loi JULIA avait accordé à la femme une vacance (*vacationem*) d'un an à partir de la mort du mari, de six mois à partir du divorce, délais que la loi PAPIA avait portés à deux ans et à dix-huit mois (2); mais nous ne rencontrons aucun délai semblable donné à l'homme pour se remarier : dès que le mariage était dissous, l'homme se trouvait, en qualité de *cælebs*, sous le coup de la loi JULIA. — Nous ne parlerons pas de quelques autres dispenses sur lesquelles les textes que nous possédons sont moins précis, comme celle concernant les *spadones* ou l'absence pour la république (3). — Quant à la cognation, elle était une cause de dispense jusqu'au sixième degré, c'est-à-dire jusqu'à celui de cousin issu de germains; et dans le septième degré, seulement pour le fils *ex sobrino*, *sobrinave natus*, ce que la jurisprudence avait étendu par interprétation à la fille (4); quant à l'alliance (*adfinitas*), l'indication complète des degrés nous manque, et on y supplée conjecturalement en prenant celle qui nous est donnée pour les exceptions aux prohibitions de la loi Cincia sur les donations (5). — Toutes les personnes ainsi exceptées, bien qu'elles fussent non mariées ou sans enfant, avaient le *jus capiendi* pour la totalité des libéralités à elles valablement faites par le testateur (*solidum capere possunt*), et nous trouvons dans une rubrique d'Ulpien, pour cette aptitude exceptionnelle, l'expression de *solidi capacitas* (6). — Le même jurisconsulte nous apprend, au même titre, comment avait été réglée la capacité, quant au *jus capiendi*, entre époux (7).

879. Une situation beaucoup plus favorable encore avait été faite aux descendants et ascendants du testateur jusqu'au troisième degré (*liberis et parentibus testatorum, usque ad tertium gradum*). Le législateur avait rougi, dit la constitution de Justinien

(1) ULP. *Reg.* 16. § 3. — (2) *Ibid.* tit. 14. — (3) D. 50. 16. *De verb. sign.* 128. f. Ulp. *Ad legem Juliam et Papiam.* — ULP. *Reg.* 16. § 1 : « *Aut si vir absit*... » etc. — (4) « ... Cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Julia et Papia excepti sunt... » — « ... Cognati vel adfines... qui lege Julia (*Papia*)ve excepti sunt... » — « ... Si quis cognatus alterutra lege exceptus,... adfinis qui alterutra lege exceptus... » (VATIC. FRAGM. §§ 158, 214 et 215.) — « Excipiuntur autem lege quidem Julia cognatorum (*sex gradus et ex septimo*) sobrino sobrinave natus; sed et nata, per interpretati(*onem*). » (*Ibid.* § 216.) Déjà cette exception à raison de la cognation nous était indiquée, mais vaguement, par Ulpien (*Reg.* 16. § 1). — VATIC. FR. §§ 218, 219 et 302. — (5) *Ib.* § 298 et s. — (6) ULP. *Reg.* 16. *De solidi capacitate inter virum et uxorem.* — (7) *Ibid.*

sur l'abolition des *caduca,* d'imposer son joug à de telles personnes (*suum imponere jugum erubuit*), et il leur avait conservé en conséquence la jouissance de l'ancien droit (*jus antiquum intactum eis conservans*) (1). Il suivait de là, en premier lieu, que, soit qu'il s'agit d'institution d'héritier, soit de legs, ceux qui avaient le *jus antiquum* conservaient la pleine faculté de recueillir en leur entier, suivant les règles de cet ancien droit, l'hérédité ou les legs qui leur avaient été laissés, sans être astreints aux exigences des lois caducaires; sous ce premier rapport, ils étaient dans la même situation que les personnes exceptées, et ayant ce qu'on nommait la *solidi capacitas;* — en second lieu, que, soit dans les institutions, soit dans les legs, s'il se trouvait des libéralités frappées en totalité ou en partie de défaillance, on suivait toujours pour ces ascendants ou descendants les règles de l'ancien droit, c'est-à-dire celles de l'accroissement entre cohéritiers ou colégataires, et non celles du nouveau droit *caduca vindicandi,* qui ne pouvait les atteindre et qu'ils paralysaient. Sous ce second rapport, les ascendants ou descendants ayant le *jus antiquum* étaient dans une situation beaucoup plus favorable que les personnes exceptées qui avaient seulement la *solidi capacitas,* car celles-ci recueillaient, il est vrai, en entier ce qui leur avait été laissé par le testament, mais sans avoir au sujet des libéralités défaillantes (*caduca* ou *in causa caduci*) ni le droit d'accroissement anéanti à leur égard par la *caduci vindicatio,* ni cette *caduci vindicatio,* à moins qu'elles ne remplissent les conditions de paternité. — Il est indubitable, à nos yeux, que ce droit d'accroissement des ascendants ou descendants jusqu'au troisième degré s'appliquait non-seulement aux défaillances prévues par l'ancien droit civil, mais même à celles provenant des lois caducaires, c'est-à-dire tant aux *caduca* qu'aux libéralités *in causa caduci;* Ulpien le dit textuellement : « Quod quis ex eo testamento non capit », et c'est l'intitulé même de de sa rubrique : « *Qui habeant jus antiquum* IN CADUCIS » (2). Les exigences des lois caducaires ne les atteignaient pas, et, en sens inverse, ils en profitaient en venant exercer sur les *caduca* leur droit d'accroissement réglé comme par l'ancien droit. — Cet accroissement, puisqu'on y suivait les règles de l'ancien droit, leur arrivait *sine onere,* c'est-à-dire sans les charges dont avait été particulièrement grevée la libéralité en défaillance (ci-dessus, n°s 743 et 874). Nous en avons un exemple laissé dans le Digeste, en un fragment de Celse, à l'occasion d'un fils profitant d'un accroissement héréditaire (3).

879 *bis*. En résumé, sous l'empire des lois caducaires, il faut distinguer :

Quant aux dispositions testamentaires, trois classes : —

(1) Cod. 6. 51. *De cad. toll.* pr. — (2) ULP. *Reg.* 18. — (3) « Si filio heredi pars ejus a quo nominatim legatum est adcrescit, non præstabit legatum, quod jure antiquo capit. » (D. 31. *De legat.* 2° 29. § 2. f. Cels.)

1° celles frappées de nullité dans leur principe et considérées comme non écrites (*pro non scriptis*) : les dispositions des lois caducaires quant au sort des libéralités tombées en défaillance, ne s'y appliquent pas ; — 2° celles tombées en défaillance par des causes provenant des dispositions de ces lois (*caduca*) : les lois caducaires s'y appliquent spécialement ; — 3° celles tombées en défaillance par des causes provenant même du droit civil (*in causa caduci*) : les lois caducaires s'y appliquent aussi par voie d'assimilation, et souvent, dans le langage usuel, le mot de *caducum* y est employé, *brevitatis causa*.

Quant aux personnes, quatre classes : — 1° Celles soumises aux exigences des lois caducaires, et privées, si elles n'en remplissent pas les conditions, du *jus capiendi ex testamento*, soit en totalité, soit partiellement, suivant les cas : cette situation est la règle générale, et, à moins d'exception, elle existe pour tous ; — 2° celles exceptées de ces exigences et admises à recueillir en entier les libéralités à elles laissées par testament, ayant ce qu'on nommait la *solidi capacitas* ; — 3° celles mariées et ayant des enfants légitimes, le tout conformément aux prescriptions de ces lois (*patres*), et investies, en récompense de leur paternité, du droit de réclamer les libéralités tombées en défaillance (*caduca* ou *in causa caduci*) (1) ; à défaut d'elles, pour exercer ce droit, le fisc ; — 4° enfin celles auxquelles avait été maintenue la jouissance de l'ancien droit : c'étaient seulement les ascendants ou descendants du testateur jusqu'au troisième degré.

Quant au sort des libéralités testamentaires frappées de nullité ou de défaillance, deux droits distincts : — 1° Le droit d'accroissement, suivant les anciennes règles ; — 2° le *jus caduca vindicandi*, suivant les règles nouvelles. — Le droit d'accroissement est maintenu, d'une manière générale quant aux personnes, en ce qui concerne les libéralités nulles dans leur principe (*pro non scriptis*), c'est-à-dire que toute personne apte à recueillir profite ici du droit d'accroissement suivant les anciennes règles : les *patres* ni le fisc n'ont aucun obstacle à y apporter. Il est maintenu encore spécialement pour les personnes ayant le *jus antiquum*, et pour elles il s'applique à toute disposition frappée soit de nullité, soit d'une défaillance quelconque (*pro non scripta, caduca* ou *in causa caduci*) : ici les *patres* ou le fisc sont écartés même de ce qui faisait ordinairement leur pâture. — Dans tous les autres cas a lieu le *jus caduca vindicandi*.

880. Quel a été, dans la suite des temps, le sort de ce système organisé par les lois JULIA et PAPIA POPPÆA ?

Une première brèche notable y aurait été faite par Antonin Caracalla, qui dans ses goûts bien connus de fiscalité, aurait enlevé aux *patres* le privilége de la paternité consistant à vendi-

(1) Pour les fidéicommis caducs, le fiduciaire avait reçu d'un sénatus-consulte le droit de préférence, bien qu'il ne fût point *pater*. (D. 31. 60. f. Ulp.)

quer les libéralités caduques : de sorte que le fisc serait arrivé seul et immédiatement pour cette vendication. Ulpien nous le dit en termes exprès : « Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur », en ajoutant que cette vendication par le fisc n'a lieu cependant que sauf le *jus antiquum* maintenu aux descendants ou ascendants : « Sed servato jure antiquo liberis et parentibus (1). » — Nous avons dit, dans notre *Histoire de la législation romaine*, les graves difficultés soulevées à ce sujet, comment on cherche à échapper à l'assertion d'Ulpien par quelque autre interprétation, et comment, malgré des raisons de doute assurément fort sérieuses, nous persévérons à prendre la phrase d'Ulpien dans sa naturelle signification (ci-dess., tom. I, nos 377, 411 et suiv.).

Constantin y porta un coup plus grand encore lorsque, par une constitution dont nous possédons le texte dans le Code Théodosien et dans le Code de Justinien, il supprima les peines du célibat et de l'*orbitas*, qui ne pouvaient concorder avec les principes du christianisme, rendant ainsi à sa première liberté et à l'égalité du droit commun le *jus capiendi ex testamento* (2). Dès lors la distinction entre ce droit de recueillir et la *testamenti factio* s'efface et n'apparaît plus guère dans la législation. — Nous avons dit comment, même après cette constitution de Constantin, le doute historique subsiste au sujet du privilége de la paternité pour la vendication des libéralités caduques, dans tout ce qui restait encore de la caducité ou des défaillances qui y avaient été assimilées ; et comment un texte de Justinien peut faire supposer que ce droit des *patres* aurait survécu jusqu'à lui. Nous avons grand'peine, quant à nous, à croire à ce fait, et à donner cette signification aux quelques mots, fort incertains, de la constitution de Justinien (ci-dess., tom. I, n° 480 et suiv.).

Ce qui restait principalement sous Justinien des lois caducaires, c'était la disposition par laquelle l'époque de l'ouverture des tables du testament avait été substituée à l'époque de la mort du testateur, pour les règles touchant l'adition des hérédités ou la *dies cessio* des legs. C'étaient les chances plus grandes de déchéance qui pouvaient sortir de ce recul. C'étaient aussi tous les débris de ce croisement entre le droit d'accroissement, la *caduci vindicatio* et le *jus antiquum* appliqués suivant les cas, soit aux dispositions nulles (*pro non scriptis*), soit aux libéralités caduques ou *in causa caduci*, telles qu'on les entendait à cette époque. Déjà, dans la confection du Digeste, Justinien avait voulu que rien

(1) Ulp. *Reg.* 17. § 2.

(2) « Sitque omnibus æqua conditio capessendi quod quisque mereatur. » (Cod. Theod. 8. 16. *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis*; — Cod. Justinian. 8. 58.) — Cette constitution est indiquée, dans le Code Théodosien, comme étant de Constantin, an 320 ; et dans le Code de Justinien elle est attribuée à ses enfants Constantin et Constance, an 339.

ne conservât la mémoire des *caduca* (1); d'un autre côté, la différence entre les quatre espèces de legs n'existait plus; le droit d'accroissement soit entre cohéritiers, soit entre les légataires, avait donc besoin d'être réglé à nouveau. C'est ce que fait la constitution même qui efface les dernières traces des lois caducaires (*de caducis tollendis*) (2). Notre texte nous en donne les dispositions élémentaires.

881. III. *Système sous Justinien.* L'accroissement a lieu, dans tous les legs, entre colégataires à qui la même chose a été léguée, soit conjointement, soit séparément. Ainsi s'évanouissent les distinctions subtiles, il est vrai, mais si ingénieusement analytiques entre les quatre espèces de legs, entre les cas surtout où le legs produit la propriété et celui où il ne produit qu'une obligation. Justinien a décrété que tous donneraient l'action réelle; il prend donc la disposition qui concernait les legs *per vindicationem* : l'accroissement aura lieu dans tous. Mais ce que l'empereur a décrété est impossible fort souvent; les legs, dans un grand nombre de cas, par la nature même de la chose léguée, ne peuvent engendrer qu'une obligation; or, une obligation se divise de plein droit : n'importe, on ne fera aucune différence. L'esprit d'unité simplifie, mais à la charge de ne plus tenir compte de ces nuances délicates que découvre un raisonnement subtil (3).

882. Toutefois, si l'accroissement a lieu lorsque la même chose a été léguée tant conjointement que séparément, il n'a pas lieu de la même manière. Dans le premier cas (entre conjoints *re et verbis*), l'accroissement est volontaire, il ne profite qu'à celui qui l'accepte; mais il a lieu avec ses charges, c'est-à-dire avec les charges qui grevaient le legs devenu caduc : l'empereur emprunte ici à la législation de la loi PAPIA. Dans le second cas, au contraire (entre conjoints *re tantum*), l'accroissement est forcé, mais il s'opère sans aucune charge (4). De quelle idée de raisonnement se déduit cette distinction? A cette époque, il n'est plus question de formules, d'effets rigoureux résultant de leurs termes sacramentels; c'est par l'intention du testateur principalement que s'apprécient les dispositions. Or, dans le dernier cas, c'est-à-dire entre conjoints *re tantum*, la chose ayant été léguée séparément à chacun en totalité, de telle sorte qu'il y a, non pas un seul legs,

---

(1) « Sed in his nihil de caducis a nobis memoratum est. » Const. de Justinien, *De confirmatione Digestorum*, 2. § 6.

(2) Cod. 6. 51. § 11. *De caducis tollendis*. — (3) Malgré la disposition de Justinien, de nombreuses traces de l'ancien droit sont restées dans les fragments du Digeste, pour le tourment des commentateurs. Notamment Dig. 30. 1°. 16. pr. f. Pomp.; 34. § 9. f. Ulp.; 82. § 5, et 84. § 8. f. Julian. — 31. 2°. 7. f. Paul.; 13. pr. et § 1. f. Pomp.; 89. § 2. f. Scævol. — 32. 3°. 38 § 2. f. Scævol. — 41. § 9. f. Scævol. et 89. f. Paul. — 33. 2. 14. f. Cels. — (4) Cod. 6. 51. 1. § 11.

mais autant de legs distincts, il est véritablement impossible de voir un accroissement; cette expression, qu'on y applique, est tout à fait impropre; ce qui a lieu, c'est un non-décroissement: le legs qui survit seul reste tel qu'il a été fait par le testateur (*sine onere*), nul ne venant contraindre le légataire à partage. Quant au premier cas, au contraire, c'est-à-dire celui où le legs a été fait conjointement (*re et verbis*), il n'y a qu'une seule et même disposition; les légataires ont été, en quelque sorte, associés par le testateur dans un droit par indivis : en conséquence, Justinien considère la défaillance de l'un des légataires comme donnant lieu à un véritable accroissement (*cum onere*). — Si les légataires sont conjoints *verbis tantum*, ils ne sont réellement pas colégataires de la même chose, aucun accroissement ne peut avoir lieu. C'est du moins l'opinion que nous adoptons, même pour la législation de Justinien (1).

883. Que le légataire au profit duquel doit s'opérer l'accroissement vive encore ou qu'il soit déjà mort au moment où cet accroissement survient, peu importe : pourvu qu'il ne soit mort qu'après la fixation à son profit du droit éventuel au legs (après le *dies cedit*), et qu'en conséquence il ait transmis son droit à ses héritiers, ceux-ci profiteront de l'accroissement. « Quia retro accrevisse dominium ei videtur, » dit Ulpien (2). Voilà pourquoi on dit quelquefois que la part du défaillant accroît non à la personne, mais à la part. Locution entièrement inexacte, si on l'entend en ce sens qu'il faut que cette part subsiste encore. L'existence de la part, pas plus que celle de la personne, n'est matériellement nécessaire. Que la part déjà reçue par le légataire, d'argent, d'huile, de vin, de bétail, d'animaux, d'esclaves, de terre ou de tout autre objet, ait été consommée, détruite, ou n'existe plus pour une cause quelconque au moment où l'accroissement s'effectue, cet accroissement n'en aura pas moins lieu (3). Il y a plus, sup-

(1) Il ne peut être question sous Justinien du droit de préférence qui leur était accordé par la loi PAPIA : et c'est à tort qu'un vestige en a été laissé dans un fragment inséré au Digeste (Voir ci-dessus, p. 593, note 2). Cependant, même parmi les interprètes récents, quelques-uns pensent que Justinien a donné à ces *conjuncti verbis tantum* le droit d'accroissement, comme ils avaient le *jus caduca vindicandi* d'après la loi PAPIA; d'autres refusent l'accroissement au conjoint *re tantum* : ce qui est tout à fait en opposition avec la constitution de Justinien.

(2) DIG. 9. 2. 17. § 1. f. Ulp.; 34. f. Marcell.; 35. f. Ulp. — Un fragment de Julien (Dig. 35. 1. 26. § 1.) donne un exemple des cas dans lesquels cela peut arriver.

(3) Voir une application pour le cas de legs d'usufruit : Dig. 7. 1. 33. § 1. f. Papin.; et 7. 2. 10 f. Ulp. — Selon nous, ce n'est pas là une exception particulière au cas d'usufruit; c'est une règle générale en fait d'accroissement. — Mais l'accroissement en matière de legs d'usufruit a d'autres particularités : ainsi l'un des légataires mort même après le *dies cedit* ou après l'exercice de sa jouissance, ses héritiers n'ont plus aucun droit; en outre, sa part, au lieu de faire retour à la propriété, accroît à ses colégataires survivants. (Voir ci-dessus, n° 496.)

posons qu'il s'agisse, par exemple, d'une maison ou d'un fonds de terre, et que la part de ce fonds recueillie par le légataire décédé avant l'accroissement ait été vendue à un tiers : lorsque l'accroissement surviendra, il n'ira pas se faire à la portion du fonds passée entre les mains du tiers, mais il s'opérera au profit des héritiers qui représentent le légataire prédécédé. La part n'accroît donc pas à la part, matériellement parlant : elle n'accroît pas non plus à la personne matériellement parlant, à l'individu physique, corporel, qui est mort; mais elle accroît à la personne juridique, à celle que la mort ne détruit pas et qui est continuée par les héritiers. Elle accroît aussi, si l'on veut, à la part juridique, considérée en abstraction, comme droit, chose incorporelle, déférée par le legs et attachée à la personne juridique.

884. S'il y a plus de deux colégataires, la part du défaillant accroît aux autres proportionnellement à la portion de chacun (1). Et s'il se trouve en même temps des colégataires *re tantum* et des colégataires *re et verbis*, ceux-ci sont préférés entre eux. Par exemple, un fonds de terre a été légué : à Primus séparément — à (Secundus et Tertius conjointement) — à (Quartus, Quintus et Sextus conjointement aussi), ce sont comme trois legs distincts; le fonds doit être partagé en trois, sauf subdivision par tête dans les dispositions qui comprennent plusieurs colégataires. Si quelque légataire fait défaut, l'accroissement se fait d'abord dans chaque disposition ; et ensuite de l'une à l'autre, si l'une d'elles vient à manquer totalement.

Suite : Des choses qui peuvent être léguées.

IX. Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat : recte eum agere *et fundum petere* Julianus ait, *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis contineri*, ut, deducto usufructu, jubeat æstimationem præstari.

9. Si celui à qui a été légué le fonds d'autrui en a acheté la nue propriété, et qu'ensuite l'usufruit soit venu s'y réunir : Julien dit que ce légataire peut agir *et demander valablement le fonds*, parce que l'usufruit dans sa demande *ne figure que comme une servitude*; mais il entre *dans l'office du juge* d'ordonner le payement de l'estimation, déduction faite de l'usufruit.

885. *Et fundum petere.* Il doit demander le fonds, bien qu'il en soit propriétaire, et non pas le prix que lui a coûté la nue propriété ; car c'est le fonds qui lui a été légué.

Mais en demandant le fonds, ne demandera-t-il pas plus qu'il ne lui est dû? Car il n'a acquis à titre onéreux que la nue propriété, l'usufruit lui est survenu gratuitement, et il n'a aucune indemnité à recevoir à ce sujet : s'il demande le fonds, sans indiquer que c'est déduction faite de l'usufruit, n'y aura-t-il pas de

(1) Dig. 31. 2°. 41. pr. f. Javolen.

sa part *plus-pétition*, ne devra-t-il pas, en conséquence, conformément aux principes du droit romain, être déchu de son action pour avoir demandé plus qu'il ne lui est dû (1)? Sur cette question, Julien répond que non.

Quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet. Tel est le motif de sa réponse. La demande d'un fonds est toujours censée intentée, cela va sans dire, déduction faite des servitudes qui grèvent ce fonds; de même ici elle sera censée intentée déduction faite de l'usufruit qui est survenu gratuitement. Si le mot *fundus* désigne ordinairement la propriété pleine et entière, c'est toujours moins les servitudes : or, l'usufruit est une servitude; *fundus* d'ailleurs est employé quelquefois pour dire la nue propriété : « Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est : quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, » dit Paul (2). Or, lorsqu'il y a dans l'*intentio* de la demande une parole douteuse, on doit toujours l'interpréter d'une manière favorable au demandeur : « Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei, accipiendum est (3). »

Officio judicis contineri. Le légataire demande, conformément à la disposition testamentaire, par l'action *ex testamento*, la chose léguée; mais le juge n'a pas à en ordonner la prestation en nature, puisque le légataire en est déjà propriétaire et possesseur. Il ne s'agit que de prononcer une condamnation à une somme équivalente. Or, cette condamnation ne comprendra ici que l'estimation, déduction faite de l'usufruit (4).

X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia, quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et, *licet alienaverit eam*, non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

10. Si on lègue au légataire sa propre chose, le legs est inutile, car ce qui est déjà sa propriété ne peut le devenir davantage; et, *l'eût-il aliénée ensuite*, l'héritier ne lui devra ni la chose ni sa valeur.

886. *Licet alienaverit eam*. C'est ici une application de la règle Catonienne; le legs n'ayant rien valu dans son principe, c'est inutilement que le légataire aliène sa chose après la confection du testament. Un fragment d'Ulpien nous donne la même décision au Digeste (5). Cependant un autre fragment, de Celse, présente ce cas précisément comme un de ceux où l'effet de la règle Catonienne ne devrait pas être appliqué (6).

XI. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum : nam *plus valet quod in veritate est quam quod in opinione*. Sed et si legatarii putavit,

11. Si quelqu'un lègue sa propre chose, la croyant à autrui, le legs est valable, *car la réalité est au-dessus de ce qu'il pense*. Et même s'il l'a crue au

(1) Inst. 4. 6. 33. — (2) Dig. 50. 16. 25. pr. f. Paul. — (3) Dig. 5. 1. 66. f. Ulp. — (4) Dig. 30. 1°. 82. § 2. f. Julian. — (5) Dig. 30. 1°. 41. § 2. f. Ulp. — (6) Dig. 34. 7. 1. § 2. f. Cels.

valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

légataire, le legs est valable, parce que la volonté du testateur peut avoir son exécution.

887. *Plus valet quod in veritate est quam quod in opinione.* On a considéré généralement ceci comme une règle de droit, qui signifierait que la réalité doit l'emporter sur l'opinion. Cette règle serait bien loin d'être toujours exacte. Le texte ne nous paraît signifier autre chose, sinon que la réalité, dans l'espèce, étant même au-dessus de ce que pense le testateur, c'est-à-dire le testateur étant propriétaire de la chose lorsqu'il croit ne pas l'être, le legs est maintenu *à fortiori :* car s'il a voulu léguer, se croyant non propriétaire, à plus forte raison quand il est dans une position plus favorable (1). Aussi trouverons-nous dans le Digeste des cas inverses, où les jurisconsultes nous diront au contraire : *Plus est in opinione quam in veritate* (2). C'est ce qui a lieu notamment lorsque le testateur a légué la chose d'autrui, s'en croyant propriétaire, dans sa pensée, il s'est cru plus de droits qu'il n'en avait réellement; dès lors on peut douter qu'il eût fait le legs s'il avait connu la réalité : aussi avons-nous vu ci-dess, au § IV, que son erreur suffit, dans ce cas, pour rendre le legs nul. Les expressions *Plus est in veritate... etc.; Plus est in opinione... etc.,* ne nous paraissent donc le plus souvent exprimer qu'un fait existant dans chaque espèce, et dont on tire des conséquences diverses selon les cas, mais non une règle de droit.

XII. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, *si non adimendi animo vendidit,* nihilominus deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Sed idem rescripserunt eum qui, post testamentum factum, prædia quæ legata erant pignori dedit, *ademisse non legatum videri,* et ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

12. Si le testateur, ayant légué sa chose, l'aliène ensuite, Celsus pense que, *si la vente n'a pas été faite dans l'intention de révoquer le legs,* la chose est toujours due : opinion consacrée par Sévère et Antonin. Par rescrit des mêmes empereurs, le testateur qui donne en gage les fonds légués n'est pas censé avoir révoqué le legs, le légataire pourra donc actionner l'héritier pour qu'il dégage les fonds. Si le testateur a aliéné une partie de la chose léguée, la partie non aliénée reste due dans tous les cas. Quant à la partie aliénée, elle n'est due qu'autant que la vente en a été faite sans intention de révoquer.

888. Ce texte serait bien plus méthodiquement classé sous le

(1) Le sens, tel que nous l'entendons, est évident dans la loi suivante : Dig. 22. 6. 9. § 4. f. Paul. — Et aussi : 40. 2. 4. § 1. f. Julian.

(2) Dig. 29. 2. 15. f. Ulp. Ici l'héritier dont il s'agit se croit plus lié qu'il ne l'est réellement, cela suffit pour qu'il ne puisse valablement répudier l'hérédité. — Toutefois, dans le fragment de Paul : Dig. 41. 4. 2. § 15. f. Paul., la phrase : *Ut hic plus sit in re quam in existimatione,* est bien prise en ce sens que, dans cette espèce, la réalité doit l'emporter sur la croyance. — Le fragment : Dig. 47. 10. 18. §§ 8 et suiv., nous montre des cas où c'est tantôt la réalité, tantôt l'opinion qu'il faut considérer.

titre de la révocation des legs. Cette révocation, en effet, même sous l'empire du pur droit civil, pouvait avoir lieu, non-seulement expressément, par une formule contraire à celle qui avait constitué le legs, mais encore indirectement, par suite de faits qui auraient anéanti la disposition, par exemple, si le testateur l'avait biffée; ou qui auraient mis la chose hors d'état de pouvoir faire l'objet du legs. La jurisprudence et le droit prétorien, plus faciles que le droit civil, avaient même admis comme pouvant entraîner la révocation du legs, du moins par voie d'exception, les faits qui indiqueraient suffisamment le changement de volonté du testateur. Or il s'agit ici d'apprécier, sous ce rapport, l'effet de l'aliénation ou de l'hypothèque de la chose léguée, opérée par le testateur postérieurement au legs.

Si non adimendi animo vendidit. Nous voyons par Gaius que cet avis de Celse n'était pas conforme à l'opinion générale. Quant au legs *per vindicationem*, aucun doute n'était possible : il était toujours révoqué par l'aliénation de la chose léguée, puisque cette chose cessant d'appartenir au testateur cessait de pouvoir faire l'objet d'un pareil legs. Quant au legs *per damnationem*, l'avis général était qu'il se trouvait aussi révoqué (*plerique putant, etc.*), non pas, il est vrai, d'après le droit civil lui-même, mais par voie d'exception; et que le légataire venant à le demander pourrait être repoussé par l'exception de dol (1). C'est l'opinion contraire de Celse, confirmée par un rescrit de Sévère et d'Antonin, que consacre Justinien. En effet, la chose d'autrui pouvant être valablement léguée, ce n'est pas l'aliénation en elle-même, mais c'est le changement d'intention que cette aliénation manifeste qui en opère la révocation. Si ce changement de volonté n'a pas existé, il n'y a pas de révocation (2). — Le rachat de la chose aliénée avec intention de révoquer ne fait pas revivre le legs, à moins que le légataire ne prouve qu'il y a eu nouvelle volonté du testateur (3).

Ademisse legatum non videri. Il n'y a pas révocation si le testateur a mis la chose en gage, ou même jadis s'il l'avait donnée en fiducie (4). En effet, par l'hypothèque ou par le gage, le testateur ne perd pas la propriété; et d'ailleurs ce sont des engagements qu'il n'a contractés évidemment que par nécessité, et qui dès lors ne dénotent aucune intention de révoquer le legs.

XIII. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est; et neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus *potest heres petere*, neque ab alio

13. Si un créancier lègue à son débiteur sa libération, le legs est valable; non-seulement l'héritier *ne peut plus poursuivre en payement* le débiteur ni

(1) GAI. 2. § 198. — (2) Si l'aliénation avait été faite par nécessité (*necessitate urgente*), ce serait aux héritiers à prouver l'intention de révoquer. Dig. 32. 11. § 12. f. Ulp. — Il en serait tout autrement si elle avait été faite sans aucune nécessité, par exemple par donation : Dig. 34. 4. 18. f. Modest. — (3) *Ib.* 15. f. Paul. — (4) PAUL. Sent. 3. 6. § 16. — Cod. 6. 37. 3. const. Sever. et Anton.

qui heredis loco est, sed et potest a debitore conveniri, *ut liberet eum*. Potest autem quis *vel ad tempus* jubere ne heres petat.

ses héritiers ou tenant lieu d'héritiers: mais il peut même être actionné par le débiteur *pour qu'il ait à le libérer*. Le testateur peut aussi défendre à l'héritier de poursuivre le débiteur pendant un certain temps.

889. Il s'agit ici du legs de *libération*, matière sur laquelle nous trouvons au Digeste un titre spécial (1). — Que le testateur ait dit : Je lègue à tel débiteur sa libération (*liberationem legare*); ou : Je défends à mon héritier de lui demander (*heredem damnare ne petat*); ou : Je lègue à tel débiteur ce qu'il me doit (*debitoribus ea quæ debent legare*) : l'effet est le même; il y a legs de libération (2). On pourrait dire, avec subtilité, que léguer au débiteur ce qu'il doit, c'est lui léguer une chose qui lui appartient, qu'en conséquence le legs ne doit pas être valable. Mais, quel qu'ait pu être, à une époque antérieure, le doute soulevé par cette objection, il est certain qu'on ne s'y arrêta pas: « Debitoribus ea quæ debent recte legantur, dit Ulpien, licet domini eorum sint (3); » et ailleurs, le même jurisconsulte : « Liberationem debitori posse legare jam certum est (4). »

890. Le legs de libération reçoit des principes du droit romain sur l'extinction des obligations un caractère tout particulier. — Le legs n'est pas un moyen reconnu par le droit civil pour éteindre les obligations; en conséquence, le débiteur, malgré la disposition faite en sa faveur, reste toujours obligé selon le droit civil; l'héritier pourra toujours l'actionner, mais il aura, pour repousser cette action, une exception de dol. C'est en ce sens qu'il faut entendre ces expressions du texte : *Neque potest heres petere.* — Cependant le légataire est ainsi à la discrétion de l'héritier; toujours sous le coup de son action, il n'a pas obtenu ce que le testament a voulu lui procurer, sa libération. Aussi pourrait-il agir en vertu du testament, par l'action *ex testamento*, pour contraindre l'héritier à le libérer, à éteindre son obligation par un moyen d'extinction conforme au droit civil. Savoir, par une simple convention, par le consentement seul, s'il s'agit d'une obligation qui n'ait été contractée que de cette manière (Voyez ci-dessous, liv. 3, tit. 29, § 4); et, dans le cas contraire, par acceptilation (*Ib.*, §§ 1 et 2). C'est ce que dit notre texte par ces expressions : *Potest a debitore conveniri ut liberet eum.* — L'alternative se trouve exprimée laconiquement par Ulpien, en ces termes : « Sive a me petatur, exceptione uti possum; sive non petatur, possum agere ut liberer per acceptilationem (5); »

---

(1) DIG. 34. 3. *De liberatione legata.* — (2) Voir diverses formules de ce legs : DIG. 34. 3. — (3) DIG. 34. 3. 1. pr. f. Ulp. — *Ib.* 2. pr. f. Ulp. — (4) DIG. 44. 4. *De doli mali except.* 8. § 1. f. Paul.

(5) DIG. 34. 3. 3. § 3. f. Ulp. — Ulpien ajoute qu'il est des cas où le débiteur ne pourra pas se faire libérer par acceptilation, mais seulement par un

et Paul dit encore avec plus de précision : « Potest uti exceptione doli mali debitor, et agere ex testamento (1). »

891. Le legs de libération peut être fait même indirectement, par exemple en léguant au débiteur le titre de son engagement (*chirographum*) : il vaudra, au moins, dans ce cas, comme fidéicommis (2). Nous trouvons dans les fragments des jurisconsultes un grand nombre de formules de pareils legs, qui nous prouvent qu'on avait laissé la plus grande latitude dans son expression (3).

Le legs de libération, du reste, peut s'appliquer à ce que le débiteur doit, soit au testateur lui-même, soit à l'héritier, soit même à un tiers (4) : l'héritier est tenu de le libérer dans le premier cas, et de lui procurer sa libération dans le dernier.

Vel ad tempus : le légataire, dans ce cas, n'a pas le droit de se faire libérer : il n'a qu'une exception *doli mali* dilatoire, c'est-à-dire si on l'attaque avant le temps.

XIV. Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, aut conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum quia semel constitit. Quod et verum est : non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit a qua incipere non potest.

14. Au contraire, qu'un débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit, le legs est nul s'il n'offre rien de plus que la créance, car il ne fait rien obtenir au légataire. Mais que la chose due à terme ou sous condition soit léguée purement et simplement, le legs est valable, parce que la dette s'en trouve anticipée. Que si l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition surviennent du vivant du testateur, Papinien pense que le legs néanmoins reste valable, parce qu'il l'a été dans le principe. Et cela est vrai : l'on n'a pas admis l'opinion de ceux qui réputaient le legs éteint, comme parvenu dans une situation où il n'aurait pas pu prendre vie.

892. Léguer à un créancier ce qu'on lui doit, sans y ajouter aucun avantage quelconque, ce n'est pas lui faire une libéralité : il n'y a donc pas de legs (n° 834). Mais sous Justinien, comme le legs donne non-seulement l'action personnelle, mais encore les

---

pacte : par exemple, s'ils sont deux codébiteurs solidaires et que le legs ait été fait en faveur d'un seul; parce que l'acceptilation faite à l'égard de celui-ci éteindrait pareillement la dette à l'égard de l'autre. Mais que gagnera le débiteur à ce pacte de libération? Un pacte n'éteint pas l'action, il ne donne qu'une exception, et le débiteur en avait déjà une en vertu du testament. C'est qu'une fois le pacte intervenu, son droit sera plus assuré : il n'aura plus aucune contestation à craindre ni sur la validité de son legs, ni sur celle du codicille dans lequel il a pu être fait, ni sur la réduction de la loi Falcidie, ni sur tout autre point. Ce sera le pacte qu'il invoquera, et non le legs. — (1) Dig. 44. 4. 8. § 1. f. Paul. — (2) Dig. 34. 3. 3. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (3) Dig. 34. 3. 9. f. Ulp.; 12. f. Julian.; 16. f. Paul; 19 et 20. f. Modest.; 22. f. Papin.; 25. f. Paul; 28 et 31. f Scævol. — (4) Dig. 34. 3. 8. pr. f. Pompon.

actions réelle et hypothécaire, il sera bien rare qu'il ne soit pas plus avantageux que la créance.

XV. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia *plenius est legatum quam de dote actio*. Sed si quam non acceperit dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero *certa pecunia*, vel *certum corpus*, aut *instrumentum dotis* in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

15. Si le mari lègue à sa femme sa dot, le legs est valable, *parce qu'il offre plus d'avantage que l'action de dot*. Mais que décider si la femme n'avait apporté aucune dot? D'après un rescrit de Sévère et d'Antonin, on distingue : fait sans autre explication, le legs est nul; il est valable, au contraire, *s'il* indique *à prélever une certaine somme*, *un objet certain*, ou *telle somme portée au contrat dotal*.

893. *Plenius est legatum quam de dote actio*. L'action de dot (*rei uxoriæ actio*) laissait, soit au mari, soit à ses héritiers obligés de restituer la dot, certaines facilités pour cette restitution, plus un délai pour les objets de consommation; ou certaines retenues à opérer, par exemple celle des impenses utiles faites sur les biens dotaux, droit que nous aurons occasion de développer plus tard (V. ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 29), et que le legs ne comportait pas. Il y avait donc avantage pour la femme à redemander sa dot par l'action *ex testamento*, en vertu du legs que lui en aurait fait le mari. Aussi le legs de la dot paraît-il avoir été fréquemment en usage chez les Romains, et l'expression de *dos prælegata* était consacrée à cet égard (1).

Certa pecunia, certum corpus. En disant : « Je lègue à ma femme ce qu'elle m'a apporté en dot, » si elle n'a rien apporté, évidemment il n'y a pas de legs. Mais si le testateur a dit : « Je lègue à ma femme cent sous d'or, ou bien tels esclaves, ou tels fonds de terre *qu'elle m'a apportés en dot*, » n'eût-elle rien apporté, le legs est valable, car ces mots, *qu'elle m'a apportés*, ne sont qu'une fausse démonstration, qu'une fausse qualification qui ne vicie pas la libéralité (2).

Instrumentum dotis. Il ne suffit pas que le testateur ait dit : *L'acte dotal;* puisqu'il n'y a pas de dot, il n'y a pas eu d'acte, et par conséquent on n'arriverait à rien. Mais il en est autrement s'il a dit *telles* sommes, ou *tels* objets, portés en l'acte dotal : tel doit donc être le sens de notre texte.

Prælegando. L'expression *prælegare dotem* était, comme nous l'avons vu, consacrée : probablement parce qu'un pareil legs conférait le droit d'obtenir la dot *præ*, à l'avance, c'est-à-dire avant le délai accordé pour sa restitution.

(1) Voy. au Dig. un titre spécial sur cette matière. 33. 4. *De dote prælegata*. — (2) Cod. 6. 44. 3. const. Alex.; 5. const. Diocl. et Maxim. — Dig. 34. 3. 25. f. Paul.

Perte, accroissements ou décroissements de la chose léguée.

894. Ce sont les principes sur le *dies cedit* qui éclairent et dominent toute cette matière.

XVI. Si res legata *sine facto heredis* perierit, *legatario decedit*. Et si servus alienus legatus, sine facto heredis *manumissus fuerit*, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, *nec interest scierit, an ignoravit* a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, *quamvis ignoraverit a se eum legatum esse*.

16. Si la chose léguée vient à périr *sans le fait de l'héritier*, elle périt *pour le légataire*. Si l'esclave d'autrui qui a été légué *vient à être affranchi* sans le fait de l'héritier, celui-ci n'est tenu de rien. Mais si c'est l'esclave de l'héritier qui a été légué, et que celui-ci l'ait affranchi, d'après Julien il reste obligé *sans distinguer s'il a su ou non* que cet esclave était légué à sa charge. Même décision s'il a donné cet esclave, et que le donataire l'ait affranchi.

895. *Sine facto heredis*. On ne dit pas *sans la faute*, mais *sans le fait* de l'héritier; car le simple fait suffirait pour maintenir son obligation envers le légataire, ainsi que nous le voyons à la fin du paragraphe. — Si c'est non par le fait de l'héritier, mais par celui de son esclave, l'héritier est tenu d'une action noxale (1).

Legatario decedit. Que ce soit avant le *dies cedit*, ou après, ou même postérieurement au *dies venit*, peu importe. Si c'est avant le *dies cedit*, le legs n'ayant plus d'objet s'évanouit : le légataire n'a jamais eu de droit; il ne peut pas même demander les débris ou les accessoires de la chose (2). Si c'est après le *dies cedit*, ou même après le *dies venit*, soit que le légataire, par l'effet du legs, fût simplement créancier, soit qu'il fût déjà propriétaire de la chose léguée, ses droits de créance ou de propriété périssent faute d'objet; mais ils subsistent quant aux débris et aux accessoires. — Bien entendu que, de son vivant, le testateur est resté libre de faire de sa chose tout ce qu'il a voulu, et que, si elle a péri à cette époque par la faute de qui que ce soit, le légataire n'acquiert pour cela aucune action en indemnité, car son droit n'a jamais existé.

Manumissus fuerit. L'esclave affranchi est sorti de la classe des choses qui sont dans le commerce. Le legs ou l'obligation qu'il a produite s'évanouissent faute d'objet.

Nec interest scierit an ignoravit, parce que le simple fait de la part de l'héritier suffit pour maintenir l'obligation produite par le legs (3).

XVII. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, et si *ordinarii servi cum vicariis* legati fuerint, et, licet mortui sint ordinarii,

17. Si le testateur a légué une esclave avec ses enfants, bien que la mère soit morte, le legs subsiste quant aux enfants. De même s'il a légué *des esclaves ordinaires avec leurs vicaires*, les

(1) Dig. 30. 1°. 48. pr. f. Pomp. — (2) Dig. 31. 2°. 49. pr. f. Paul. — Dig. 32. 3°. 88. § 2. f. Paul. — (3) Dig. 36. 1. 25. § 2. f. Julian.

tamen vicarii legato cedant. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si *fundus instructus vel cum instrumento* legatus fuerit: nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur.

ordinaires morts, le legs n'en subsiste pas moins quant aux vicaires. Mais s'il a légué un esclave avec son pécule, l'esclave mort, aliéné, ou affranchi, le pécule cesse d'être dû. De même pour le legs d'un fonds *garni d'instruments, ou avec ses instruments* : le fonds aliéné, les instruments ne sont plus dus.

896. Si le legs comprend plusieurs objets distincts et séparés, la perte des uns n'entraîne pas l'extinction du legs à l'égard des autres. Au contraire, la perte de l'objet principal éteint le legs à l'égard de tout ce qui est considéré comme accessoire de cet objet. Tel est le principe dont notre paragraphe fait l'application : l'enfant n'est pas l'accessoire de sa mère, ni l'esclave vicaire l'accessoire de l'esclave ordinaire; le pécule, au contraire, est l'accessoire de l'esclave (1); les instruments sont l'accessoire du fonds rural qu'ils garnissent (2).

Ordinarii servi cum vicariis. Régulièrement, on nomme esclave *ordinaire* celui qui, dans le service du maître, a été préposé spécialement à une fonction : cuisinier (*coquus*), boulanger (*pistor*), cordonnier (*sutor*), barbier (*tonsor*), intendant (*actor*); et ceux qui ont été mis à sa disposition ou achetés par lui, soit pour le seconder dans son service, soit pour le suppléer au besoin, sont ses *vicaires*. Les vicaires faisaient partie du pécule de l'esclave ordinaire; d'où est venu un sens plus général pour la dénomination de *vicaire*, qui a fini par désigner tout esclave placé dans le pécule d'un autre (n° 47, *in fin.*). Toutefois, dans le legs d'un esclave avec son vicaire, bien que ce dernier soit dans le pécule d'un autre, on a vu le legs de deux hommes distincts, et non celui d'un homme avec son accessoire : *propter dignitatem hominum*, disent les jurisconsultes romains (3).

Fundus instructus, vel cum instrumento. Selon Labéon, il n'y a pas de distinction à faire entre l'une ou l'autre de ces expressions (4). Mais Sabinus ouvrit un avis qui prévalut de jour en jour (*quam sententiam quotidie increscere et invalescere videmus*, dit Ulpien) : le fonds garni (*fundus instructus*) contient plus que le fonds avec ses instruments (*cum instrumento*). Dans le premier cas, c'est le fonds tel qu'il se trouve garni, sans distinguer ce qui sert à son exploitation rurale de ce qui est destiné à l'agrément, à l'utilité des personnes qui l'habitent, comme les tables de marbre, les livres, les bibliothèques : de sorte que ce n'est pas seulement l'*instrumentum* du champ, c'est plutôt son propre *instrumentum* que le testateur est censé avoir légué. Dans le

(1) Le Digeste contient un titre spécial sur le legs du pécule : Dig. 33. 8. *De peculio legato*. — (2) De même pour le legs d'un fonds garni d'instruments, ou avec ses instruments : Dig. 33. 7. *De instructo vel instrumento legato*. — (3) Dig. 21. 1. 44. pr. f. Paul. — 33. 8. 15. f. Alf. Var.; 16. f. Afric.; 25. f. Cels. — Inst. 4. 7. § 4. — (4) Dig. 33. 7. 5. f. Labéon.

second cas, au contraire, ce n'est que l'*instrumentum* du champ, c'est-à-dire tout ce qui sert à son exploitation (1). Selon Paul, si le testateur a dit *fundum et instrumentum*, il y aura deux legs séparés : la perte du fonds n'entraînera pas celle du legs de l'*instrumentum* (2).

XVIII. Si grex legatus fuerit, *posteaque ad unam ovem pervenerit*, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quæ *post testamentum factum* gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait; est enim gregis *unum corpus*, ex distantibus capitibus, sicuti ædium unum corpus est, ex cohærentibus lapidibus.

18. Qu'un troupeau légué soit réduit ensuite à une seule brebis, le légataire peut vendiquer ce restant. Le legs d'un troupeau comprend, d'après Julien, même les brebis qui sont ajoutées *depuis la confection du testament*; en effet, un troupeau ne forme qu'un seul corps composé de têtes distinctes, comme un édifice n'est qu'un seul corps composé de pierres assemblées.

897. *Ad unam ovem pervenerit*. Bien qu'il ne soit plus possible réellement de dire qu'il existe un troupeau (*quamvis grex desisset esse*); de même si la maison léguée est brûlée ou s'écroule, le legs subsistera quant au terrain (3). Il en serait autrement pour l'usufruit, comme nous l'avons déjà vu (n° 493), parce que le droit d'usufruit n'existe que sur la chose considérée dans sa manière d'être principale, qu'on a eue en vue en établissant le droit, et non dans les éléments matériels qui la composent.

Post testamentum factum. Le troupeau est une sorte d'universalité, susceptible de recevoir des adjonctions ou des suppressions dans les objets individuels qui le composent. L'époque à considérer pour déterminer les droits du légataire est, ici comme ailleurs, celle du *dies cedit* : à ce moment le droit éventuel du légataire se fixe, se détermine par rapport aux choses comme par rapport aux personnes : c'est donc sur le troupeau, tel qu'il se trouve à ce moment, que porte le legs (n° 855).

XIX. Ædibus denique legatis, columnas et marmora, quæ *post testamentum factum* adjecta sunt, legato cedere.

19. Dans le legs d'un édifice sont compris les colonnes et les marbres ajoutés *depuis la confection du testament*.

Post testamentum factum : jusqu'au *dies cedit*. C'est toujours le même principe.

XX. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem, servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem

20. Un pécule légué, sans aucun doute ce qui vient l'accroître ou le diminuer du vivant du testateur est gain ou perte pour le légataire. Mais s'il s'agit d'acquisitions faites par l'esclave après la mort du testateur et avant l'adition d'hérédité, Julien distingue : si c'est à l'esclave lui-même que le pécule a été

(1) *Ib.* 12. §§ 27 et suiv. f. Ulp.; et 16. f. Alfen. — Paul. Sent. 3. 6. §§ 34 et suiv. — (2) Dig. 33. 7. 5. — Du reste le sens latin du mot *instrumentum* n'a pas de traduction en français. — (3) Dig. 30. 1°. 22. f. Pomp.

acquisitum est legatario cedere, quia dies hujus legati ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi *ex rebus peculiaribus* auctum fuerit. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis, si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur; et *ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt,* peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt, *peculium videri legatum,* cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliquas inferre.

légué avec affranchissement, tout ce qu'il a acquis avant l'adition d'hérédité lui profite; parce que, pour un pareil legs, le droit ne se fixe (*dies cedit*) qu'à l'adition d'hérédité : si c'est à un étranger, il ne profite pas de ces augmentations, à moins qu'elles ne proviennent *des choses mêmes du pécule*. Du reste, l'esclave affranchi par testament n'a droit au pécule que s'il lui a été légué; tandis qu'affranchi entre-vifs, il suffit qu'il ne lui ait pas été ôté; *ainsi l'ont décidé Sévère et Antonin. D'après les mêmes empereurs,* le legs du pécule ne donne pas à l'esclave le droit de répéter les sommes qu'il aurait avancées pour le compte de son maître; enfin *il sera censé y avoir legs du pécule* si le testateur a ordonné que l'esclave soit libre après avoir rendu ses comptes et soldé le reliquat sur son pécule.

898. L'intelligence de ce paragraphe est bien facile, au moyen des principes que nous avons exposés sur le *dies cedit* (nos 850 et suiv.) : il s'agit toujours de l'application de ces principes.

Le pécule, comme le troupeau, est une sorte d'universalité qui accroît ou décroît. A quel moment faudra-t-il donc le prendre, s'il a été légué? Comme pour toutes choses, au moment du *dies cedit,* puisque c'est à ce moment que le droit éventuel du légataire se fixe. Il suffit donc de se rappeler quel est ce moment.

Si le legs a été fait purement et simplement à un étranger, nous savons que la fixation du droit éventuel (le *dies cedit*) a lieu au moment de la mort (n° 852) : c'est donc sur le pécule tel qu'il est à cette époque que porte le legs. — Si, au contraire, le legs a été laissé avec la liberté au propre esclave du testateur, nous savons que la fixation du droit (le *dies cedit*) ne peut avoir lieu qu'au moment où l'esclave acquiert la liberté, c'est-à-dire à l'adition (n° 856) : c'est donc sur le pécule tel qu'il se trouvera à cette époque que le droit de legs se fixera (1). — La même question se présente et doit être résolue de même pour le legs d'un troupeau, ou de toute autre universalité.

Ex rebus peculiaribus. Bien entendu que, s'il ne s'agit pas de nouvelles adjonctions, mais d'une augmentation provenant des choses mêmes du pécule, par exemple de l'alluvion des champs, du croît des animaux, etc., bien que survenues après le *dies cedit,* ces augmentations sont au légataire.

Ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Les empereurs Dioclétien et Maximien ont rendu la même décision, dans une constitution insérée au Code de Justinien (2) : l'esclave affranchi

(1) Dig. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp. — 36. 2. 17. f. Julian. — 15. 1. 57. §§ 1 et 2. f. Tryph. — (2) Cod. 7. 23.

entre-vifs emporte son pécule si le maître ne le lui retire pas, parce qu'ici le consentement du maître est manifeste : puisqu'au lieu de retenir le pécule, il permet que l'esclave l'emporte, c'est qu'il veut le lui donner. L'esclave affranchi par testament n'a droit au pécule, au contraire, que s'il lui a été légué; car aucun acte ne manifeste chez le maître l'intention de le lui donner.

Iidem rescripserunt. Les termes de ce rescrit nous sont transmis par Ulpien : « Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniæ quam se in rationem domini impendisse dicit (1). » Il n'y a pas de dette véritable entre le maître et l'esclave ayant un pécule, puisque, en définitive, non-seulement le pécule, mais l'esclave lui-même sont au maître. Mais il peut y avoir, de fait, compte entre eux, si l'esclave, par exemple, a avancé sur son pécule quelque chose pour le maître. Ce sont ces avances que le rescrit de Sévère et d'Antonin ne permet pas à l'esclave de demander, lorsque son pécule lui a été légué : à moins que le défunt n'eût manifesté lui-même l'intention que ces avances lui fussent remboursées. Mais ce qu'il ne peut demander directement, il pourrait le retenir par compensation, si de son côté il avait à tenir compte de quelque chose à son maître (2).

Peculium videri legatum. C'est ici un legs indirect du pécule; en effet, si l'intention du testateur était nécessaire, il n'était pas indispensable qu'elle fût exprimée formellement : il suffisait qu'elle résultât suffisamment des circonstances (3).

XXI. Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt. Et ideo, et *quod defuncto debetur, potest alicui legari*, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam : nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet : DAMNAS ESTO HERES, DOMUM ILLIUS REFICERE, VEL ILLUM ÆRE ALIENO LIBERARE.

21. On peut léguer les choses tant corporelles qu'incorporelles. Par conséquent, le testateur *peut léguer ce qui lui est dû*, de telle sorte que l'héritier soit obligé de céder ses actions au légataire, à moins que le testateur n'eût exigé le payement de son vivant, car, dans ce cas, le legs est éteint. Un tel legs est aussi valable : MON HÉRITIER, SOIS CONDAMNÉ A RECONSTRUIRE LA MAISON D'UN TEL, OU A PAYER LES DETTES D'UN TEL.

899. Le texte revient ici aux choses qui peuvent faire l'objet des legs.

Quod defuncto debetur potest alicui legari. C'est ce qu'on nomme le legs de créance (*legatum nominis*) (4). L'effet général de ce legs nous est indiqué par le texte. La personne juridique du défunt ne passe pas au légataire, et il n'est pas au pouvoir du

(1) Dig. 33. 8. 6. § 4. f. Ulp. — (2) *Ib.* — Voir *Ib.* 5. f. Paul, et 6. § 5. f. Ulp., pour le cas où il s'agit de dettes ou de créances entre le pécule, et non pas le testateur, mais l'héritier. Dans ce cas, il doit toujours en être rendu raison. — Voir aussi Dig. 15. 1. 7. § 6. f. Ulp., pour la même question, dans le cas du pécule donné à l'esclave non par legs, mais entre-vifs. — (3) Dig. 33. 8. 8. § 7. f. Ulp. — (4) Dig. 30. 1°. 44. § 6. f. Ulp.

testateur qu'il en soit autrement; c'est l'héritier seul qui continue sa personne, c'est donc lui qui, malgré le legs de la créance, continue, comme représentant du défunt, à être créancier et à avoir les actions. L'effet du legs se bornera à le contraindre à fournir au légataire ces actions (*ut actiones suas legatario præstet*); ce qui ne peut se faire qu'en constituant le légataire comme une sorte de procureur, mais procureur dans ses propres intérêts (*procurator in rem suam*). Si l'héritier refusait de faire la cession, on donnerait au légataire des actions utiles contre le débiteur (1). Du reste, là se borne l'obligation de l'héritier; il ne garantit en rien la solvabilité du débiteur, ni même l'existence de la créance (2).

900. Le texte nous donne ensuite des exemples de legs qui consistent en des actes imposés à l'héritier : qu'il s'agisse d'actes à faire, à ne pas faire, ou à tolérer de la part du légataire, peu importe : sauf ce qui est impossible ou illicite, le legs est valable (2).

XXII. Si generaliter servus vel alia res legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

22. Si le legs est d'un esclave ou d'autre chose en général; le choix appartient au légataire, à moins de disposition contraire du testateur.

901. Il s'agit ici du cas où le testateur a légué une chose dans un genre (*rem in genere; rem generaliter*), et non pas un corps certain, un objet déterminé quant à l'individu, *speciem*, comme disent les Romains. C'est ce que les commentateurs ont nommé le legs de genre (*legatum generis*). — Il est indispensable pour la validité d'un pareil legs que le genre soit précisé dans de certaines limites; car si l'on avait légué, par exemple, un animal, une plante, le legs serait dérisoire, d'une chose incertaine, et par conséquent nul (3). Il en sera de même si le testateur a légué une maison, un fonds de terre, et qu'il n'en ait pas dans son hérédité; la latitude est si grande, que le legs est plutôt dérisoire qu'utile (*magis derisorium est quam utile legatum*); mais s'il y a des maisons ou des fonds de terre dans l'hérédité, cette circonstance détermine suffisamment l'objet du legs : ce sera l'une de ces maisons, ou l'un de ces fonds de terre qui sera dû (4). Si l'on a légué, au contraire, un esclave (*hominem*), un cheval, il n'est pas nécessaire qu'il s'en trouve dans l'hérédité. L'objet du legs est suffisamment déterminé par le genre (5).

902. A qui sera le choix, au légataire ou à l'héritier? — Les

(1) C. 6. 37. 18. Diocl. — (2) Dig. 30. 1°. 105. f. Julian.; 39. §§ 3 et 75. § 2. f. Ulp. — 34. 3. 10. f. Julian. — (3) Dig. 30. 1°. 112. §§ 3 et 4. f. Marcian. — (4) « Legatum nisi certæ rei sit et ad certam personam deferatur, nullius est momenti. » Paul. Sent. 3. 6. § 13. — (5) Dig. 30. 1°. 71. pr. f. Ulp. — Cependant, d'après les avis de divers interprètes, le legs d'une chose *in genere* est toujours nul s'il n'y a pas dans l'hérédité des choses de ce genre. — (6) Ulp. Reg. 24. § 14. — Dig. 30. 1°. 13 f. Pomp.; 37. pr. f. Ulp. Ce point est cependant contesté entre les interprètes.

anciens jurisconsultes distinguaient : Si le legs était *per vindicationem*, « TITIO HOMINEM DO, » ce qui ne pouvait avoir lieu qu'autant qu'il se trouvait des objets de ce genre dans l'hérédité, le choix était au légataire, parce que ce legs conférait l'action réelle, la *rei vindicatio* : or, pour revendiquer une chose que l'on prétend sienne, il faut la désigner (1). Si, au contraire, le legs était *per damnationem*, « HERES MEUS DAMNAS ESTO HOMINEM DARE, » legs qui pouvaient avoir lieu soit qu'il y eût, soit qu'il n'y eût pas de choses semblables dans l'hérédité, le légataire n'ayant que l'action personnelle, on suivait la règle commune des obligations : l'héritier obligé se libérait en donnant la chose due, à son choix (2). Sous Justinien, qui cumule pour tous les legs l'action réelle et l'action personnelle, il est conséquent de donner le choix, dans tous les cas, au légataire : « Verius dici electionem ejus esse cui potestas sit qua actione uti velit id est legatarii (3). » Mais il est des cas où, malgré la décision de Justinien, le légataire ne saurait avoir d'action réelle; tels sont tous ceux où l'hérédité ne contient aucun objet du genre légué : l'héritier, n'étant obligé que par action personnelle, doit avoir le choix (4). — Sauf, bien entendu, dans toutes sortes de cas, la disposition contraire du testateur.

N'importe à qui appartienne le choix, il ne doit être porté ni sur l'objet le meilleur ni sur le pire (5).

XXIII. Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et, diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, *sive unius legatarii plures heredes*, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortu-

93. Le legs d'option, c'est-à-dire celui par lequel le testateur ordonne que le légataire choisira l'un de ses esclaves, ou autre chose, renfermait jadis en soi une condition : si le légataire mourait sans avoir opté, il ne transmettait pas le legs à ses héritiers. Mais par notre constitution, nous avons réformé ce point : l'héritier du légataire aura le droit de faire l'option, si le légataire ne l'a pas faite de son vivant. Étendant notre prévoyance, nous avons ajouté que, dans le cas où il existerait soit plusieurs colégataires d'option, *soit plusieurs héritiers d'un seul légataire*, et qu'il y aurait entre eux dissentiment sur l'objet à choisir, pour éviter que le legs périsse (selon la décision peu favorable de la plupart des jurisprudents), le hasard sera

(1) « Si in rem aliquis agat, debet designare rem... Appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. » Dig. 6. 1. 6. f. Paul. — (2) ULP. Reg. 24. § 14. — DIG. 30. 1°. 108. § 2. f. Afric., évidemment interpolé par les rédacteurs du Digeste. — (3) DIG. 30. 1°. 108. § 2. f. Afric. — (4) Conférez sur ce point les fragments suivants du Digeste : 30. 1°. 20. f. Pomp. — 33. 5. 2. § 1. f. Ulp., et 12. f. Julian. — Auxquels on oppose : 30. 1°. 47. § 3. f. Ulp.; — 84. § 3. f. Julian. — 33. 6. 4. f. Paul. — (5) « *Id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur.* » Dig. 30. 1°. 37. pr. f. Ulp. — et 110. fr. Afric.

nam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat.

juge, et l'avis de celui qui sera désigné par le sort prévaudra.

903. Il est ici question du legs d'option ou d'élection, dans lequel ce n'est pas une chose qui est léguée, mais une faculté personnelle, un droit à exercer, le droit de choisir : « HOMINEM OPTATO ELEGITO (1), » l'option, l'élection elle-même, aussi dit-on *optio vel electio legatur* (2).

De cette donnée première les jurisconsultes romains avaient déduit, avec leur logique accoutumée, les règles spéciales de cette sorte de legs. Puisque c'est une faculté personnelle qui a été léguée au légataire, il faut qu'il l'exerce lui-même : la faire exercer par un autre, ce serait modifier le legs. Ainsi l'option ne peut se faire par procureur (3). S'il y a plusieurs colégataires, tant qu'ils ne se mettent pas d'accord sur le choix, le legs se trouve empêché. Enfin, si le légataire meurt avant d'avoir fait lui-même l'option, il ne transmet rien à ses héritiers : la faculté personnelle qu'il avait s'est éteinte avec lui; tandis que pour le legs d'une chose *in specie*, comme c'est la chose elle-même qui a été léguée, si le légataire ne meurt qu'après le *dies cedit*, le droit éventuel passe aux héritiers (4). — Nous voyons par le texte comment Justinien modifie la rigueur logique de ces deux dernières déductions (5).

Sive unius legatarii plures heredes. La question ne pouvait pas se présenter ainsi sous les anciens jurisconsultes, puisque le legs n'était pas transmissible aux héritiers; elle ne pouvait avoir lieu que dans le cas de plusieurs colégataires conjoints, avec cette circonstance que, s'ils mouraient sans s'être mis d'accord, le legs périssait. Sous Justinien, la question se présente dans l'un comme dans l'autre cas. Le legs ne périt plus, il est vrai; mais comme un désaccord perpétuel empêcherait son effet et le rendrait inutile, il faut bien, si l'on veut éviter ce résultat équivalent à une perte, trouver un moyen d'en finir, en se départant de la rigueur des principes.

Dans le legs d'option, le choix du légataire est entièrement libre; il peut prendre la chose qu'il veut, fût-ce la meilleure (6). Il a contre l'héritier l'action *ad exhibendum*, pour se faire présenter les choses, afin de pouvoir faire son choix (7).

(1) ULP. Reg. 24. § 14. — (2) Un titre spécial au Digeste est consacré à cette matière : DIG. 33. 5. *De optione vel electione legata*. — CICER. *De invent*. 2. 40. — (3) Conf. DIG. 50. 17. 77. f. Papin. avec 123. f. Ulp. — (4) Conf. DIG. 36. 2. 12. §§ 7 et 8. f. Ulp. — (5) Voir la constitution dont parle le texte, Cod. 6. 43. 3. — (6) DIG. 4. 3. 9. § 1. f. Ulp. — 33. 5. 2. pr. et § 1. f. Ulp. — (7) DIG. 33. 5. 4. f. Paul.; 5. f. Afric.; 8. § 3. f. Pomp. — 33. 6. 2. § 1. f. Pomp.

Du legs d'une part de l'hérédité (partitio).

904. Un mot sur cette sorte de legs, pour terminer ce que nous avons à dire des choses léguées. — Le testateur, au lieu de léguer des objets précisés dans leur individu (*speciem*), ou dans leur genre (*in genere*), ou des universalités particulières, telles qu'un troupeau, un pécule, etc., pouvait léguer même une partie quelconque de l'universalité de ses biens (*pars bonorum*), une part de son hérédité : « HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM MEAM PARTITOR, DIVIDITO, » telle est une des formules de ce legs qui nous est transmise par Ulpien (1). La part était celle fixée expressément par le testateur; et, à défaut de fixation, la moitié (2). Cette sorte de legs se nommait *partitio* (*quæ species legati partitio vocatur*); et le légataire, légataire partiaire (*legatarius partiarius*) (3). — Cette disposition du testateur, eût-il légué au légataire tous les biens, ne le rendait pas héritier, continuateur de la personne du défunt. L'héritier était celui qui avait été agréé comme tel par les comices; plus tard, celui qui avait acheté le patrimoine; plus tard encore, celui qui avait été institué avec des formalités moins rigoureuses; mais toujours fallait-il une institution en cette qualité et dans les formes voulues. Le légataire partiaire était un acquéreur de biens par universalité, mais non un successeur de la personne; l'existence de son legs dépendait de l'existence de l'héritier. Si l'institution tombait pour une cause quelconque, la *partitio* suivait le même sort. — Il suit de là que les créances et les dettes, malgré l'existence d'un pareil legs, n'en passaient pas moins sur la tête de l'héritier; c'était lui seul qui pouvait poursuivre les débiteurs du défunt ou être poursuivi par ses créanciers : d'où la nécessité pour l'héritier et pour le légataire partiaire de se tenir compte respectivement des conséquences de ces actions. Ils s'y engageaient l'un et l'autre, par des stipulations nommées *stipulationes partis et pro parte*, sur le gain ou la perte à communiquer entre eux (*de lucro et damno pro rata parte communicando*) à peu près en ces termes, selon les exemples que nous a laissés Théophile dans sa paraphrase : « Les sommes que tu auras obtenues de tout débiteur héréditaire, promets-tu de m'en donner telle part? Je promets. » — « Les sommes que j'aurai été obligé de payer à tout créancier héréditaire, promets-tu de m'en restituer telle part? Je promets. » — Mais ces stipulations avaient toujours leur danger tant pour l'héritier que pour le légataire; car, en cas d'insolvabilité de l'un d'entre eux, l'autre perdait la part, soit de la créance, soit de la dette, dont il était en droit de se faire tenir compte (4). — Du reste, l'héritier n'est pas absolument obligé

(1) ULP. Reg. 24. § 25. — (2) *Ib.* et Dig. 50. 16. 164. § 1. f. Ulp. — (3) ULP. Reg. 24. § 25. et Gai. 2. § 254. — DIG. 36. 1. 22. § 5. f. Ulp. — (4) Sur ces stipulations, voir : Gai. 2. § 254. — ULP. Reg. 25. § 15. — PAUL. Sent. 4. 3. § 1. — INSTIT. ci-dessous, tit. 23, § 6, et THÉOPHILE, paraphrase du même paragraphe.

de donner au légataire partiaire sa part des biens héréditaires en nature : à l'égard des choses qui ne pourraient se diviser sans dommage, il donne l'estimation ; à l'égard des autres, il est libre de choisir entre la part en nature ou l'estimation (1).

905. A l'époque où le legs partiaire était tout à fait distinct du fidéicommis d'hérédité (2), il paraît avoir été d'un usage assez fréquent, à en juger par les écrits des jurisconsultes (3). A l'époque de Justinien, où ses effets se confondent entièrement avec le fidéicommis, il a presque disparu.

Des personnes à qui on peut léguer.

XXIV. Legari autem illis solis potest cum quibus testamenti factio est.

24. On ne peut léguer qu'à ceux avec lesquels on a faction de testament.

Se reporter, pour ceux avec qui existe la faction de testament, et pour ce qui regarde le *jus capiendi*, à ce que nous avions dit ci-dessus, n°s 659 et suiv., 719 et suiv.

XXV. Incertis vero personis neque legata, *neque fideicommissa* olim relinqui concessum erat : nam *nec miles* quidem incertis personis poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat : QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM DEDERIT, EI HERES MEUS ILLUM FUNDUM DATO. Illud quoque quod his relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati erant, æque incertæ personæ legari videbatur : et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertæ personæ dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ, recte legabatur, veluti : EX COGNATIS MEIS, QUI NUNC SUNT, SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, EI HERES MEUS ILLAM REM DATO. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta *repeti non posse,* sacris constitutionibus cautum erat.

25. Autrefois nul ne pouvait faire aux personnes incertaines ni legs ni *fidéicommis : pas même un militaire,* ainsi que l'a décidé un rescrit d'Adrien. Or, on entendait par personne incertaine celle que le testateur n'avait point présente à l'esprit d'une manière précise ; par exemple, s'il disait : QUICONQUE DONNERA SA FILLE EN MARIAGE A MON FILS, QUE MON HÉRITIER LUI DONNE TEL FONDS. Ou s'il léguait à ceux qui postérieurement au testament, seraient désignés consuls les premiers, et bien d'autres exemples semblables. La liberté ne pouvait pas non plus être laissée à une personne incertaine, parce que la règle était que les esclaves fussent affranchis nominativement. Et pour tuteur on ne pouvait donner qu'une personne certaine. Mais fait sous une démonstration certaine, c'est-à-dire à une personne incertaine à prendre parmi des personnes déterminées, le legs était valable. Par exemple : QUE MON HÉRITIER DONNE TELLE CHOSE A CELUI DE MES COGNATS MAINTENANT EXISTANTS QUI ÉPOUSERA MA FILLE. Toutefois, si les legs ou fidéicommis laissés à des personnes incertaines avaient été payés par erreur, les constitutions *en prohibaient la répétition.*

---

(1) DIG. 30. 1°. 26. § 2. f. Pomp., et 27. f. Paul. — (2) Voir une notable différence, Dig. 36. 1. 22. §. 5. f. Ulp. — (3) Mais ils le présentent comme moderne, *ut hodie fit* (D. 30. 1. 33. f. Paul); d'où la difficulté d'admettre l'explication ingénieuse de l'utilité de ce legs par la transmission des *sacra,* que Gaius (II. 55) considérait déjà comme une institution surannée.

906. Ce paragraphe n'est qu'une exposition de l'ancien droit, que Justinien va réformer. « Legatum nisi certæ rei et ad certam personam deferatur, nullius est momenti, » disait Paul (1). Le texte caractérise suffisamment ce qu'on entendait par personne incertaine (2). Le motif que donnaient les jurisconsultes, c'est que le testateur doit avoir une intention déterminée : « Quoniam certum consilium debet esse testantis (3). »

Neque fideicommissa. En vertu d'un sénatus-consulte du temps d'Adrien, ainsi que nous aurons occasion de le dire ci-dessous; car, dans l'origine, c'était précisément aux personnes à qui on n'aurait pu léguer qu'on laissait des fidéicommis (4).

Nec miles. Ainsi le privilége militaire n'avait pas même été étendu à la dispense de cette règle.

Libertas quoque. La loi Furia Caninia, dont nous avons fait connaître l'esprit (n° 79), exigea même la désignation *nominale* de l'esclave affranchi par testament : *Lex* Furia Caninia *jubet nominatim servos liberari* (5). »

Repeti non posse. La *condictio indebiti*, action personnelle pour la répétition de ce qu'on a payé par erreur, ne pouvait donc, en vertu des constitutions impériales, s'appliquer à ce cas, ni pour les legs, ni pour les fidéicommis (6).

Se reporter, à l'égard des personnes incertaines, à ce que nous en avons déjà dit (n° 718). — Les cités, qui étaient considérées comme au nombre de ces personnes, avaient cependant été reconnues, sous Nerva, capables de recevoir des legs : capacité constituée plus spécialement par un sénatus-consulte sous Adrien (7).

XXVI. Postumo quoque alieno inutiliter legabatur : est autem alienus postumus qui, natus, inter suos heredes testatoris futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.

26. Il était inutile aussi de léguer au postume externe : c'est-à-dire au postume qui, à sa naissance, ne doit pas être au nombre des héritiers siens du testateur : tel est, par rapport à l'aïeul, le petit-fils conçu d'un fils émancipé.

907. Voir ce que nous avons déjà dit des postumes, n° 183, 697 et suiv., 718. — Le postume étant une personne incertaine, comme tel ne pouvait être institué héritier, ni recevoir par testament. — Nous avons vu comment on avait été conduit à modifier cette rigueur de principes à l'égard du postume *suus heres*.

XXVII. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta, cum *in nostro Codice constitutio posita est,* per quam et huic parti mede-

27. Ce point n'est pas resté non plus sans de sages réformes : nous avons *inséré dans notre Code une constitution* qui y remédie tant pour les hérédités que

(1) Paul. Sent. 3. 6. § 13. — (2) Ces explications sont tirées presque textuellement de Gaius. 2. § 238, et d'Ulpien, Reg. 24. § 18. — (3) Ulp. Reg. 22. § 4. — 34. 5. 4. f. Paul. 5. pr. f. Gai. — (4) Gai. 2. § 287. — (5) Ib. § 239. — (6) Voir sur ce point Gai. 2. § 283; à cette époque, il y avait encore certaines différences à cet égard entre les legs et les fidéicommis. — (7) Ulp. Reg. 24. § 28.

vimus, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

pour les legs et les fidéicommis : ce que la lecture de cette constitution elle-même montrera clairement. Mais il reste toujours défendu, même par notre constitution, de nommer pour tuteur une personne incertaine, parce qu'on ne doit pourvoir qu'avec certitude de jugement à la tutelle de sa postérité.

908. *In nostro Codice constitutio posita est.* Ceci s'appliquait à la première édition du Code; dans la deuxième, qui nous est parvenue, il ne reste plus qu'une analyse très-courte de la constitution de Justinien. Les personnes incertaines, et, parmi elles, spécialement, les postumes même externes, les diverses corporations, les pauvres, peuvent recevoir des legs ou des fidéicommis. La règle est étendue même au legs de liberté, mais non à la nomination d'un tuteur (1).

XXVIII. Postumus autem alienus heres institui *et antea poterat*, et nunc potest, nisi in utero ejus sit *quæ jure nostro uxor esse non potest.*

28. Cependant, le postume externe *pouvait autrefois*, comme il peut aujourd'hui, être institué héritier, à moins qu'il ne soit dans le sein d'une femme *qui ne peut être notre épouse.*

909. *Et antea poterat.* Les postumes externes n'ont jamais pu être institués héritiers, d'après le droit civil (nous l'avons suffisamment expliqué, nos 697 et suiv.) (2); mais leur institution, nulle en droit civil, était confirmée par le droit prétorien, qui leur donnait la possession des biens (3). Nous savons que Justinien leur a concédé la capacité d'être institués.

910. *Quæ jure nostro uxor esse non potest.* Si ces expressions étaient prises dans un sens général (l'enfant d'une femme qui ne peut être épouse, qui n'a le *connubium* avec aucun citoyen romain), elles n'offriraient pas de difficulté, mais aussi rien de bien utile à dire; car l'enfant né d'une telle femme étant en général *pérégrin* (à moins qu'il ne s'agisse d'une religieuse), il est évident qu'il ne peut être institué. — Si on les prend, au contraire, comme nous l'indique la paraphrase de Théophile, dans un sens particulier (l'enfant d'une femme que le testateur ne peut épouser), et à la lettre, elles offrent des conséquences inadmissibles. Ainsi, comme le testateur ne peut évidemment épouser sa fille, sa sœur, ses plus proches parentes ou alliées; comme il ne peut épouser aucune femme déjà mariée à un autre; comme, s'il est marié lui-même, il ne peut plus épouser aucune autre femme, la faculté d'instituer un postume serait illusoire; l'exception deviendrait beaucoup plus générale et plus étendue que la règle, et elle frapperait précisément sur ceux qui tiennent de plus près par les liens du sang au testateur. Il résulte de la saine interprétation d'un fragment de

(1) Cod. 6. 48. const. unic. — (2) Gai. 2. §§ 242 et 287. — (3) Voir ci-dessous : Inst. 3. 9. pr. — Dig. 37. 11. 3. f. Paul.

Paul, formant une loi du Digeste, qu'il s'agit ici d'un postume appartenant au testateur lui-même, d'un enfant issu de lui et d'une autre femme : s'il ne pouvait épouser cette femme, il ne peut instituer le fils postume qu'il en a eu (1).

XXIX. Si quis in nomine, cognomine, prænomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum; idemque in heredibus servatur, et recte : nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest.

29. Si le testateur s'est trompé sur le nom, le surnom ou le prénom du légataire, pourvu que la personne soit constante, le legs est valable; de même pour l'institution d'héritier; et avec raison : car les noms n'ont été faits que pour désigner les hommes; qu'ils soient déterminés de toute autre manière, peu importe.

XXX. Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit : STICHUM SERVUM MEUM VERNAM DO LEGO; licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit : STICHUM SERVUM, QUEM A SEIO EMI, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.

30. A cette règle de droit est analogue celle-ci : Une fausse démonstration ne rend pas le legs nul. Si, par exemple, le testateur a dit : JE LÈGUE STICHUS NÉ MON ESCLAVE, quoique Stichus ne soit pas né chez lui, mais qu'il l'ait acheté, s'il n'y a pas de doute sur l'identité, le legs est valable. Pareillement pour cette désignation : L'ESCLAVE STICHUS QUE J'AI ACHETÉ DE SEIUS, tandis qu'il a été acheté d'un autre; pourvu qu'il soit constant de quel esclave il s'agit, le legs est valable.

XXXI. Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis dixerit : TITIO, QUIA, ABSENTE ME, NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO; vel ita : TITIO, QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO : licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si *conditionaliter* enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo : TITIO, SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM DO LEGO.

31. A plus forte raison la fausse cause ne nuit pas à la validité du legs; par exemple : JE LÈGUE STICHUS A TITIUS, PARCE QU'IL A GÉRÉ MES AFFAIRES PENDANT MON ABSENCE; ou bien : JE LÈGUE STICHUS A TITIUS, PARCE QU'IL M'A FAIT ACQUITTER, PAR SA DÉFENSE, D'UNE ACCUSATION CAPITALE ; quoique Titius n'ait rendu ni l'un ni l'autre de ces services au testateur, le legs est valable. Il en serait autrement si la cause avait été énoncée *sous forme de condition;* par exemple : JE LÈGUE TEL FONDS A TITIUS, S'IL A DONNÉ SES SOINS A MES AFFAIRES.

911. Les trois paragraphes qui précèdent, quoique placés dans l'ordre où les Instituts traitent des personnes à qui les legs sont faits, se rapportent tant aux choses léguées qu'aux personnes légataires. Il faut, pour bien s'en rendre compte, distinguer trois choses : 1° la démonstration; 2° la détermination ou limitation; 3° la cause.

912. Le but de la démonstration est de montrer, de désigner, de mieux faire connaître soit la personne à qui on lègue, soit la chose léguée; sur ce point, la règle est celle qui nous est donnée par le § 30 : *Falsa demonstratio legatum non perimit.* Que l'intention du testateur soit suffisamment manifestée, c'est tout ce

(1) DIG. 28 2 9. §§ 1 et suiv. f. Paul.

qu'il importe (1). Mais si les indications sont tellement inexactes, vagues ou contradictoires, que le testateur se soit trompé même sur ce qu'il a voulu, ou qu'on ne sache ce qu'il a voulu, la disposition erronée dans sa base même, ou inintelligible, à laquelle on ne peut donner justement aucune interprétation, est réputée non écrite (2).

913. Le but de la détermination ou limitation est de marquer les termes, la limite dans lesquels la personne à qui le testateur a voulu léguer, ou la chose qu'il a voulu léguer doivent être restreintes : hors de là, la volonté du testateur s'arrête. Par exemple, s'il a dit : Je lègue au premier enfant qui naîtra de telle femme, ou aux enfants qui sont issus de tel mariage ; ou je lègue l'argent qui est dans mon coffre ; la somme que me doit Gaius : s'il ne naît pas d'enfant dans la limite marquée, ou s'ils meurent, s'il n'y a pas d'argent dans le coffre, si Gaius ne doit rien, dans tous ces cas le legs est nul (3), parce qu'on ne peut pas aller au delà de la volonté du testateur, et que ces expressions ont marqué, non pas une démonstration, mais une limite. C'est là ce qui a dicté la différence des deux décisions du § 15 qui précède, relativement au legs de la dot, ou de telle somme qui a été apportée en dot, lorsque, dans le fait, rien n'a été apporté (n° 893).

914. Quant à l'indication de la cause, c'est-à-dire du motif qui peut avoir porté ou déterminé le testateur à léguer, elle est entièrement superflue ; le testateur ne doit aucun compte de ces motifs, ceux qu'il a exprimés fussent-ils faux, peu importe. La cause qui produit le droit, ici, ce n'est pas tel ou tel motif qui a pu déterminer l'intention du testateur, c'est son intention de libéralité elle-même ; il suffit que cette intention existe, n'importe pourquoi. Aussi la règle est-elle la même pour la fausse cause que pour la fausse démonstration. « *Neque ex falsa demonstratione, neque ex falsa causa legatum infirmatur* (4). » Cependant si l'existence de l'intention elle-même était attachée à la vérité du motif exprimé, la décision devrait être tout autre. C'est ce qui a lieu évidemment lorsque le testateur a énoncé le motif sous forme de condition (*conditionaliter*) : « Je lègue tel fonds à Titius, s'il a géré mes affaires ; je lègue tel fonds à mon fils Titius, si son frère a pris telle somme dans mon coffre (5). » Ce n'est point là une véritable condition,

---

(1) Ulp. Reg. 24. § 19. — Dig. 35. 1. 17. pr. f. Gai. ; 33. f. Marc. ; 34. f. Florentin. — 37. 11. 8. § 2. f. Julian. — 30. 1°. 4. pr. f. Ulp. — Cod. 6. 23. 4. const. Gordian. — (2) Dig. 28. 5. 9. § 1. f. Ulp. — 30. 1°. 4. f. Ulp. — 31. 2°. 30. f. Cels. — 33. 1. 14. f. Ulp. — 34. 5. 3 et 4. f. Paul. — 36. 1. 34. f. Marcian. — 50. 17. 73. § 3. f. Quint. Muc. Scævol. — Que le doute provienne des expressions du testateur, de l'écriture, ou des circonstances, on arrive ici à la question si délicate *De rebus dubiis*, à laquelle les rédacteurs du Digeste ont consacré un titre spécial. Dig. 34. 5. *De rebus dubiis*. — (3) Dig. 30. 1°. 51. f. Papin. : 75. §§ 1 et 2. fr. Ulp. — (4) Ulp. Reg. 24. § 19. — (5) Dig. 35. 1. 17. §§ 2 et 3. f. Gai.

car il ne s'agit pas d'un événement futur et incertain (1) : le legs est pur et simple, mais il n'existe qu'autant que l'événement déjà passé, que le testateur a eu en vue, et en considération duquel seulement il a déclaré vouloir léguer, serait réel. Il en est absolument ici comme du cas de détermination, de limitation : hors de la limite marquée, la volonté du testateur n'existe plus. — Lorsque le défunt n'a pas employé cette forme conditionnelle, le legs, en principe, malgré la fausseté du motif exprimé, reste valable; toutefois, si les héritiers prouvaient indubitablement que, sans ce motif, le testateur n'eût pas donné, ils pourraient obtenir le plus souvent l'exception de dol pour repousser le légataire (2).

915. Du reste, tout ce qui concerne la démonstration, la limitation, la cause, ne doit pas être confondu avec les diverses modalités des legs, dont nous allons parler, n°° 924 et suivants (3).

XXXIII. An servo heredis recte legamus, quæritur. Et constat, pure inutiliter legari; nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

33. On se demande si on peut léguer valablement à l'esclave de l'héritier. Il est constant que, fait purement et simplement, un tel legs est nul, et qu'il ne servirait même à rien que l'esclave fût sorti, du vivant du testateur, de la puissance de l'héritier; car un legs qui eût été nul si le testateur fût mort immédiatement après la confection du testament ne peut valoir par cela seul que le testateur a vécu plus longtemps. Mais, sous condition, le legs peut être fait; et il faudra rechercher si, au jour de la fixation du droit, l'esclave aura cessé d'être en la puissance de l'héritier.

916. La combinaison des principes sur le *dies cedit* avec ceux de la règle Catonienne (n°° 850 et suiv., 857 et suiv.) explique bien facilement ce texte.

Régulièrement, nul ne peut être dans la même succession héritier et légataire, c'est-à-dire son propre créancier et son propre débiteur à la fois (4). S'il existe plusieurs héritiers, l'impossibilité cesse en partie : l'un d'eux peut recevoir un legs, soit par préciput, soit autrement; mais alors il est vrai de dire que le legs n'existe que pour la part qui est à la charge de ses cohéritiers, et non pour sa propre part (5). S'il n'y a qu'un seul héritier, l'impossibilité est absolue.

Mais que décider si le legs est fait à l'esclave de l'héritier, ou

(1) *Ib.* 34. § 1. f. Florent. — (2) Dig. 35. 1. 72. § 6. f. Papin. — Voir le titre spécial sur cette matière, au Code, 6. 44. *De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso.* — (3) Les deux matières sont traitées au Digeste dans un titre commun 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus.* — (4) « Heredi a semetipso legari non potest. » Ulp. Reg. 24. § 22. — Dig. 30. 1°. 34. § 11. f. Ulp. — (5) « Heredi a semetipso legatum dari non potest, a (te) coherede potest. » — *Ib.* 116. § 1. f. Florent. — 104. §§ 3 et 5. f. Julian.

au fils sous sa puissance; ou, jadis, à celui qu'il avait *in mancipio*, ou à sa femme *in manu?* Si ces personnes doivent lui acquérir le legs, ce legs sera nul, puisque le chef de famille se trouverait à la fois héritier en vertu de son institution, et légataire par le moyen de la personne soumise à son pouvoir. Si au contraire elles doivent acquérir le legs à un autre, le legs restera valable, puisqu'aucune incompatibilité n'existera. — Cela posé, rappelons-nous que les esclaves et les personnes *alieni juris* acquièrent les legs, non pas au chef qu'elles ont au moment de la confection du testament, mais à celui qu'elles ont au moment du *dies cedit* (n° 855); rappelons-nous encore que, pour juger de la validité d'un legs, il faut, d'après la règle Catonienne, supposer le testateur mort immédiatement après la confection du testament, et juger ce que serait le legs dans cet état. Combinons ces deux principes, et faisons-en l'application.

917. Si le legs fait à l'esclave est pur et simple, la règle Catonienne s'applique; supposons le testateur mort aussitôt après avoir fait son testament; le *dies cedens*, pour un legs pur et simple, a lieu au jour de la mort; l'esclave légataire acquiert au maître à qui il appartient en cet instant; il acquerrait donc à celui même qui a été institué; celui-ci serait à la fois légataire et héritier: donc le legs est nul. Les événements supposés ne se réaliseront peut-être pas; peut-être à la mort du véritable testateur, l'esclave aura-t-il changé de maître ou sera-t-il affranchi, n'importe; la circonstance que le testateur a vécu plus longtemps ne peut donner au legs une force qu'il n'avait pas dans son principe. Tel est l'effet de la règle Catonienne.

918. Si le legs est conditionnel, la règle Catonienne ne s'applique pas (n° 860); et, s'appliquât-elle, la nullité du legs n'en résulterait pas certainement, puisque le *dies cedens*, pour les legs conditionnels, n'a lieu, tout au plus, qu'à l'accomplissement de la condition, et qu'on ne sait pas à qui appartiendra l'esclave à ce moment : il faut donc attendre l'issue pour juger du sort du legs. Si, au moment du *dies cedit*, l'esclave est encore au pouvoir du même maître, le legs sera nul; s'il a passé en d'autres mains ou s'il a été affranchi, le legs, acquis dans ce cas à un autre que l'héritier, sera valable.

919. La question traitée dans ce paragraphe avait été controversée du temps des anciens jurisconsultes. Servius Sulpicius, ne considérant que la réalité qui pourrait survenir par la suite, voulait qu'on pût léguer à l'esclave de l'héritier, soit purement et simplement, soit conditionnellement, sauf à attendre, dans tous les cas, l'événement ultérieur pour juger du sort de ces legs. Les Proculéiens, ne considérant que l'état au moment même de la confection du testament, voulaient que le legs ne pût jamais être fait valablement, ni purement ni simplement, ni sous condition, quel que pût être l'événement ultérieur. Enfin Sabinus et Cassius,

par l'application de la règle Catonienne, donnèrent une solution qui était à la fois et un parti mitoyen et l'application à l'espèce des principes spéciaux de la matière (1). C'est celle qui reste dans le droit de Justinien.

XXXIII. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam, et si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit dies legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur : quibus casibus utile est legatum; quod si in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

33. En sens inverse, on peut, même sans condition, léguer au maître de l'esclave institué héritier. En effet, supposez le testateur mort même aussitôt après la confection du testament, il n'est pas sûr encore que le droit au legs se fixe sur la tête de celui qui sera héritier; car l'hérédité est ici séparée du legs, et il pourra se faire qu'un autre que le légataire devienne héritier par le moyen de cet esclave : si, avant que son maître lui ait fait faire adition, il est aliéné; ou si, affranchi, il hérite lui-même. Dans ces cas le legs sera utile. Mais il s'évanouit du moment que l'esclave, resté dans la même condition, fait adition par ordre du légataire.

920. Mêmes principes que dans le paragraphe qui précède, avec cet autre de plus : que, lorsqu'un esclave a été institué héritier, il acquiert, non pas au maître qu'il a au moment de la mort du testateur, mais à celui par l'ordre de qui il fait adition (n° 619); d'où il suit que le legs fait au maître de l'esclave institué héritier n'est jamais nul dans son principe.

En effet, supposons le legs même pur et simple, appliquons la règle Catonienne : le testateur est mort aussitôt après la confection du testament; le *dies cedens* a lieu immédiatement pour le legs : le droit éventuel à ce legs est fixé sur la tête du maître; mais sera-ce lui aussi qui sera héritier? On n'en sait rien encore. L'esclave n'acquerra l'hérédité qu'au maître qu'il aura au moment de l'adition : c'est-à-dire peut-être à un autre, peut-être à lui-même, si d'ici là il est vendu ou affranchi. Il n'est donc pas certain, même en supposant le testateur mort immédiatement, qu'il y ait cumul sur la même tête des qualités d'héritier et de légataire; le legs est donc régulier dans son origine, sauf à attendre l'événement ultérieur pour décider de son sort (2).

A la charge de qui, et comment on peut léguer.

921. Nous savons déjà que le legs véritable ne peut être fait qu'à la charge de l'héritier, et de l'héritier testamentaire. On ne peut léguer ni à la charge de l'héritier *ab intestat*, ni à la charge du

(1) Gai. 2. § 244. — Ulp. Reg. 24. § 23. — (2) Gai. 2. § 245. — Dig. 36. 2. 17. f. Julian. — 35. 2. 20. f. Scævol. 30. 1°. 25. f. Paul. et 91. pr. f. Julian. — Ulp. Reg. 24. § 24.

légataire (*a legatario legari non potest*) (1), ni à la charge d'un fidéicommissaire : on peut bien les prier, leur recommander, confier à leur foi, mais on ne peut leur enjoindre à titre de legs. L'histoire nous a fait toucher au doigt le motif. Il faut qu'il y ait un continuateur de la personne du défunt, choisi non par la loi générale, mais par la loi particulière du testament, pour qu'on puisse lui commander, lui enjoindre, lui imposer l'obligation, la loi (*legem dicere, legare*). (Voir ci-dessus, n°s 643, 652 et 717.)

Le même principe avait dicté la décision du paragraphe qui suit.

XXXIV. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturæ sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem : per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat, et ante heredis institutionem, et inter medias heredum institutiones, legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

34. Autrefois les legs placés avant l'institution de l'héritier étaient nuls, parce que c'est cette institution qui donne force à tout le testament; d'où cette règle, qu'elle en est en quelque sorte la tête et le fondement. Le don de la liberté lui-même était nul lorsqu'il précédait cette institution. Mais, trouvant déraisonnable (ce qui déjà avait paru blâmable à l'antiquité elle-même) de s'attacher à l'ordre de l'écriture, au mépris de la volonté du testateur, nous avons réformé ce vice par notre constitution. Les legs quelconques, à plus forte raison ceux de la liberté, seront valables, qu'ils soient placés avant, parmi ou après les institutions d'héritiers.

922. Il fallait que le futur continuateur de la personne eût été agréé par les comices; plus tard qu'il se fût porté acheteur du patrimoine par mancipation (*familiæ emptor*), pour qu'une loi pût lui être imposée. Rien ne peut précéder cette création d'héritier, qui ouvre pour le testateur le droit d'ordonner : « Quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit (2). » Règle inévitable et logique, tant que les institutions primitives de Rome sont une réalité; qui ne paraît subtile et déraisonnable que lorsque ces institutions elles-mêmes ne sont plus qu'une fiction ou qu'un souvenir effacé.

La dation du tuteur était soumise à la rigueur de cette règle, et les Sabiniens persistèrent à l'y maintenir; mais les Proculéiens pensèrent qu'on devait l'en excepter, puisqu'elle ne grevait l'hérédité d'aucune charge (3); leur avis prévalut : c'était une dérogation au véritable droit civil romain (n° 191). Mais aucune raison semblable ne militait pour le legs de liberté; c'était bien une charge pour le continuateur de la personne.

Depuis Auguste, l'admission des codicilles comme pouvant

(1) Ulp. Reg. 24. § 20. — (2) Ib. § 15. — Paul. Sent. 3. 6. § 2. — Gai. 2. § 229. — (3) Gai. 2. § 231.

renfermer valablement des legs, a déjà commencé à modifier la règle. Sous Justinien, peu importe la place des dispositions (1). Et même les legs mis à la charge de tout autre que l'héritier testamentaire seront valables comme fidéicommis.

923. Nous n'avons rien à dire des termes dans lesquels les legs doivent être faits · le sujet a été traité ci-dessus (n°s 833 et suiv.). — Quant à la forme des actes, nous y reviendrons en traitant des codicilles (ci-dessous, tit. 25).

Des diverses modalités des legs.

924. On entend par modalités d'un droit les modifications qui affectent son existence même, ou son étendue, ou son exécution, et qui constituent pour ce droit autant de divers modes, de diverses manières d'être. Ce sujet est traité, pour les legs, dans un titre spécial au Digeste et au Code (2). — La condition (*conditio*); la destination de la chose léguée indiquée au légataire (*modus*); le terme (*dies*), sont autant de modalités des legs : ils affectent la disposition elle-même, dans son existence, dans son étendue, dans son exécution.

925. Le legs est conditionnel lorsque le testateur a subordonné sa disposition à un événement futur et incertain : le legs existe, mais conditionnellement, en qualité de legs conditionnel : c'est-à-dire comme dépendant de l'événement à venir. Nous savons déjà qu'après une discussion entre les deux écoles opposées de jurisprudence, l'opinion des Sabiniens ayant prévalu, il a été admis définitivement que, dans les testaments, les conditions impossibles ou illicites, au lieu d'annuler la disposition, doivent être réputées non écrites et la disposition exécutée comme si elle était pure et simple (n° 740).

Le cas où la condition consiste en un fait négatif, qu'il est défendu au légataire de faire (*quæ in non faciendo sunt conceptæ*), offre une particularité à bien remarquer. Par exemple, lorsque le testateur a dit : Je lègue cent sous d'or à Titius s'il ne monte pas au Capitole (*si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit*); comme, tant qu'il vivra, il reste toujours possible qu'il monte au Capitole, qu'il affranchisse Stichus, la condition ne saurait être accomplie avant sa mort; ainsi il lui est impossible de profiter de la libéralité du défunt. Dans cette situation, et par une faveur spéciale pour les dispositions testamentaires, on avait trouvé un remède à la rigueur du droit. Le légataire à qui il a été ainsi légué prendra le legs immédiatement, mais en donnant à l'héritier une caution, une sûreté pour la restitution qu'il lui en

(1) Voir un fragment de sa constitution, Cod. 6. 23. 24. — (2) Dig. 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum quæ in testamento scribuntur.* — Cod. 6. 46. *De conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus.* — V. l'excellent ouvrage de notre collègue M. Bufnoir : *De la condition dans les divers actes judiciaires.* Paris, 1867, in-8°.

devra s'il contrevient à la défense du testateur. Cette caution consiste en une satisdation, dont le jurisconsulte Quintus Mutius Scævola avait le premier introduit la formule, et qui se nomme caution Mucienne (*Muciana cautio*) (1). Elle s'applique aussi aux institutions d'héritier faites sous de pareilles conditions (2).

Il est, suivant la nature des divers actes, des conditions qui y sont légalement et forcément inhérentes, sans lesquelles ces actes ne peuvent exister ou ne peuvent produire leurs effets, et qu'il est inutile d'y exprimer puisqu'elles résultent, comme règle générale, du droit lui-même (*si vi ipsa conditio insit*). On peut citer pour exemples, en fait de legs, celles-ci : « Je lègue dix sous d'or à Gaius s'il me survit, si mon testament ne devient pas *irritum*, si mon héritier fait adition, etc.; ou bien je lègue les fruits de tel champ s'il en produit; le poulain qui naîtra de telle jument si elle met bas. » De telles conditions, exprimées ou non exprimées, ne rendent pas la disposition conditionnelle. L'acte n'en reste pas moins pur et simple, soumis en conséquence aux règles de pareils actes, et non à celles des actes conditionnels (3). C'est ainsi qu'il en est de la condition que le mariage aura lieu, dans les constitutions de dot; et probablement aussi de la survie du donataire, dans les donations à cause de mort (ci-dess. n°s 555 et 585).

926. Le legs est fait sous un mode (*sub modo*) lorsque le défunt a imposé au légataire la destination de la chose léguée; par exemple, pour élever un monument au testateur, pour donner un repas aux municipaux, ou pour restituer une partie du legs à un autre (4). Telle est cette espèce : « *Luciis, Publiis, Corneliis ad monumentum meum ædificandum, mille, heres meus, dato* (5). » Le mode ne doit pas être confondu avec la condition (6). Il ne suspend pas, comme elle, l'effet de la disposition; le *dies cedens* a lieu pour ce legs, comme pour les legs purs et simples; le légataire peut demander la chose immédiatement, mais il est tenu de remplir la destination indiquée par le défunt, d'en donner caution à l'héritier (7); et, faute par lui d'y satisfaire, il peut y être contraint ou la chose léguée redemandée. — Cependant, on trouve quelquefois dans le texte l'expression *modus* prise dans une plus grande extension (8).

927. Un terme (*dies*) peut être mis dans le legs : c'est une différence saillante entre le legs et l'institution d'héritier; le motif de cette différence ressort suffisamment de ce que nous en avons déjà

(1) DIG. 35. 1. 7. pr. f. Ulp.; 67. f. Javol.; 72. pr. §§ 1 et 2; 73. 77. § 2; 101. § 3. f. Papin.; 106. f. Julian. — (2) 28. 7. 4. § 1. f. Ulp. — (3) DIG. 35. 1. *De conditionibus*. 1. pr. et § 3. f. Pomp. — 45. 1. *De verbor. oblig.* 73. f. Paul. — (4) DIG. 35. 1. 17. § 4. f. Gai. — (5) *Ib.* 40. § 5. f. Javolen. — (6) *Ib.* 80. f. Scævol. — (7) DIG. 32. 3°. 19. f. Valens. — 35. 1. 40. § 5. f. Javol.; et 80. f. Scævol. — (8) COD. 6. 45. *De his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.*

dit (nos 737 et suiv.). Le legs ne donne pas lieu à une continuation de la personne, mais à une acquisition de propriété ou de créance : rien n'empêche donc le terme d'y produire utilement son effet. — Distinguez encore ici entre le *dies certus* et le *dies incertus*, et appliquez la maxime générale : « Dies incertus conditionem in testamento facit » (ci-dess., n° 739) : non plus qu'il s'agisse encore de la défense de mourir partie testat, partie intestat, ni de la règle *semel heres, semper heres ;* mais pour ce qui concerne le *dies cedens* et ses conséquences. — Nous savons que dans les legs faits *a die certo* c'est à la mort du testateur qu'on doit dire *dies cedit;* « Certum est debitum iri si adeatur hereditas », suivant les expressions de Labéon (1) ; le légataire mourant avant l'échéance transmettrait son droit à ses héritiers, parce qu'un pareil terme n'a suspendu que l'exigibilité (ci-dess., n° 852). — Au contraire, si le legs est fait *a die incerto,* il est traité comme conditionnel ; le *dies incertus* suspend non pas l'exigibilité seulement, mais l'existence même du droit ; si le légataire meurt avant la réalisation d'un pareil terme, il ne transmet rien à ses héritiers. Les textes reproduisent tous, à diverses reprises, cette idée (vivo eo ; legatario vivo ; vivo legatario ; si legatarius ante decesserit, etc.). Et pourquoi ? Par la raison générale déjà donnée au sujet des institutions d'héritier (ci-dess., n° 739). Les jurisconsultes romains ont été frappés de ce que les chances d'incertitude du terme, combinées avec les chances de mortalité du légataire, forment une sorte de condition, non pas intrinsèque, imposée par la loi, mais provenant de la volonté du testateur. C'est pour eux comme si le testateur avait dit : « Je lui lègue tant s'il survit à tel événement. » Il faut convenir que cette interprétation, obligée à l'égard des institutions d'héritier, l'était moins à l'égard des legs ; mais l'une a entraîné l'autre. — Indépendamment des exemples ordinaires : « *Cum quis morietur ; Heres meus cum morietur* », en voici un bien frappant, qui nous est donné par Pomponius : « Je lègue dix sous d'or à Gaius, soit que tel événement arrive, soit qu'il n'arrive pas. » Il est certain que l'événement tournera de l'une ou de l'autre manière, mais il faut que la solution en arrive du vivant du légataire (*nisi alter casus vivo legatario extiterit*), et Pomponius en ajoute la raison bien significative : (*quoniam causa ex qua debeatur præcedere semper debet* (2)), c'est donc comme s'il y avait : « Si l'issue de tel événement, quelle qu'elle soit, se produit de son vivant ». C'est ici qu'on trouve cette hypothèse inverse qui complète la démonstration : « Je lègue à Titius, quand il mourra (*cum ipse legatarius morietur*). » Le terme arrivera indubitablement du vivant du légataire, car on vit encore au moment où l'on cesse de vivre :

(1) D. 36. 2. *Quand. dies leg. ced.* 22. § 1. f. Pompon. — (2) *Ibid.* 13. f. Pompon.

dès lors, bien qu'incertain, il n'est pas réputé conditionnel (1). C'est subtil, mais logique (2). — Même hypothèse en fait d'institution, suivant la version prise pour texte (ci-dess., n° 739, en note), et il n'y aurait pas de raison pour la résoudre autrement.

Dans les legs *ad diem* (jusqu'à telle époque), ou *ad conditionem* (sous condition résolutoire), il faut distinguer s'il s'agit de legs de propriété ou autres droits réels, ou de legs de créance; et appliquer les règles relatives à la manière dont ces droits peuvent s'éteindre *jure civili* ou *jure prætorio*.

XXXV. *Post mortem quoque heredis aut legatarii* simili modo inutiliter legabatur : veluti si quis ita dicat : CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO; item : PRIDIE QUAM HERES AUT LEGATARIUS MORIETUR. Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum *quam fideicommissorum* inveniatur.

35. On ne pouvait non plus faire de legs acquittable seulement *après la mort de l'héritier ou du légataire;* par exemple : JE LÈGUE LORSQUE MON HÉRITIER SERA MORT; ou encore : POUR LA VEILLE DE LA MORT DE MON HÉRITIER OU DU LÉGATAIRE. Mais nous avons pareillement amendé ce point, donnant force à de semblables legs, à l'exemple des fidéicommis, pour que la condition des legs ne soit pas, sur ce point, inférieure *à celle des fidéicommis*.

928. Voici des subtilités sur le terme qui sont supprimées par Justinien :

Post mortem quoque heredis. Le legs ne pouvait être fait sous un pareil terme, parce qu'il n'eût pas été fait véritablement *ab herede*, mais plutôt *ab heredis herede*. C'eût été une charge, non pour l'héritier, mais pour l'héritier de l'héritier (3). Les fidéicommis seuls pouvaient être dans cette situation. Justinien y assimile les legs.

Aut legatarii. Ces mots sont ajoutés au texte de Gaius, mais la raison est évidente : dans le legs *post mortem legatarii*, il est indubitable que le terme incertain ne se réalisera qu'après la mort du légataire; qu'en conséquence, le droit ne s'étant pas fixé sur sa tête de son vivant, il n'aura rien transmis à ses héritiers : donc ce legs est inutile (V. ci-dess., n° 855, 3°).

La subtilité des jurisconsultes romains consistait à avoir distingué soigneusement, pour l'un comme pour l'autre cas, la différence entre ces expressions *cum morietur*, et celles-ci *cum mortuus fuerit* ou *post mortem*. Dans le premier cas, le *dies* écherra encore du vivant de l'héritier ou du vivant du légataire : donc le

(1) DIG. 35. 1 *De condit.* 79. pr. f. Papin. — (2) Les textes à consulter sur cette particularité du droit romain sont, dans l'ordre du Digeste, les suivants : DIG. 30, *De legat.* 30. § 4. f. Ulp. — 31, *De legat.* 12. § 1. f. Paul. — 35. 1, *De condition.* 1. f. Pomp.; 75 et 79. f. Papin. — 36. 2. *Quando dies leg. ced.* 4. f. Ulp.; 13. f. Pompon.; 21. f. Paul.; 22. f. Pompon. — (3) « Ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur. » ULP. Reg. 24. § 16. PAUL. Sent. 3. 6. § 5. — GAI. 2. § 232. — Quant à la dation d'un tuteur, on doutait qu'elle pût être faite *post mortem heredis*, Gai. 2. § 234.

legs pourra être valable; dans le second cas, le *dies* ne peut immanquablement arriver qu'après la mort de l'héritier ou après celle du légataire. L'un n'aura jamais commencé à être créancier, l'autre jamais commencé à être débiteur : donc le legs ne peut valoir (1). Nous retrouverons la même subtilité en fait de stipulations (V. ci-dess., liv. 3, tit. 19, § 13). Justinien passe l'éponge sur cette analyse rigoureuse des paroles.

929. *Pridie quam heres aut legatarius morietur.* Même règle encore que pour les stipulations (Inst. 3, 19, § 13). Le legs est nul, dit Théophile, répétant ici le raisonnement que Gaius fait pour les stipulations, parce que la veille de la mort ne pourra être connue qu'après que la mort aura eu lieu, et que, par conséquent, c'est revenir au même point que si l'on eût dit *post mortem* (2). Mauvaise raison, ajoute Gaius (*quod non pretiosa ratione receptum videtur*) (3). En effet, ne suffit-il pas que le droit se fixe du vivant de l'héritier ou du légataire? et n'est-il pas indifférent qu'on ait connu ou non cette fixation avant qu'ils soient morts? — Sous Justinien, cette subtilité disparaît.

Quam fideicommissorum. En effet, aucune de ces règles ne s'appliquait aux fidéicommis (4). Or, les legs y sont assimilés par Justinien.

930. Il ne nous reste plus à examiner qu'une dernière modalité des legs : les legs à titre de peine (*pœnæ nomine*).

XXXVI. Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur et *adimebatur vel transferebatur*. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis is aliquid faciat, aut non faciat : veluti si quis ita scripserit : HERES MEUS, SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT (vel ex diverso, SI NON COLLOCAVERIT) DATO DECEM AUREOS SEIO; aut si ita scripserit : HERES MEUS, SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT (vel ex diverso, SI NON ALIENAVERIT) TITIO DECEM AUREOS DATO. Et in tantum hæc regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur, *nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit.* Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observentur. Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat; eo amplius nec here-

36. Les legs, *les révocations* et *translations* de legs à titre de peine étaient aussi inutiles. Le legs à titre de peine est celui qui est fait comme moyen de coercition contre l'héritier, pour le contraindre à faire ou à ne pas faire quelque chose; par exemple : SI MON HÉRITIER DONNE (ou, en sens contraire, NE DONNE PAS) SA FILLE EN MARIAGE A TITIUS, QU'IL DONNE DIX SOUS D'OR A SÉIUS : ou bien, SI MON HÉRITIER ALIÈNE (ou, en sens contraire, N'ALIÈNE PAS) L'ESCLAVE STICHUS, QU'IL DONNE DIX SOUS D'OR A TITIUS. Cette règle était si rigoureusement observée, que plusieurs constitutions impériales portent que *l'empereur lui-même n'acceptera pas les legs qui lui seraient faits à titre de peine;* de tels legs étaient nuls même dans des testaments militaires, malgré la faveur attachée aux autres dispositions testamentaires des soldats. Bien plus, la liberté elle-même ne pouvait être laissée ainsi : et Sabinus pen-

(1) Voir les textes cités ci-dessus, et notamment Paul. 3. 6. § 6, où l'on voit que le légataire est compris dans ces règles, aussi bien que l'héritier. — (2) GAI. 3. § 100. — THÉOPH. Paraph. *hic.* — (3) GAI. 2. § 232. — (4) ULP. Reg. 25. § 8.

dem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat : TITIUS HERES ESTO, SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEIUS QUOQUE HERES ESTO : nihil enim interérat, qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, *nihil distare a ceteris legatis constituimus*, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo; exceptis his videlicet, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa : hujusmodi enim testatorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur.

sait que l'on ne pouvait pas davantage faire une adjonction d'héritier à titre de peine, par exemple : QUE TITIUS SOIT MON HÉRITIER; S'IL DONNE SA FILLE EN MARIAGE A SÉIUS, QUE SÉIUS SOIT AUSSI MON HÉRITIER : qu'importe, en effet, le moyen de contrainte employé contre Titius, que ce soit la dation d'un legs ou l'adjonction d'un cohéritier? De tels scrupules nous ont déplu. Selon notre constitution, pour toute disposition quelconque, legs, révocations, ou translations de legs, *on ne distinguera plus si elle est faite ou non à titre de peine;* sauf toutefois celles qui auraient pour but de contraindre à des choses impossibles, défendues par les lois ou déshonnêtes : car les mœurs de mon siècle ne tolèrent pas la validité de pareilles dispositions.

931. Le legs à titre de peine (*legatum pœnæ nomine; quod coercendi heredis causa relinquitur*) (1) est une sorte de legs conditionnel, mais d'un caractère tout particulier. La condition est potestative : il s'agit d'une chose que le testateur ordonne de faire ou de ne pas faire. Mais cet ordre, cette condition n'est pas imposée à celui à qui la libéralité est faite : ce serait là un véritable legs conditionnel, parfaitement valable, le testateur étant libre de mettre à sa libéralité telle condition qu'il juge convenable; la condition est imposée à l'héritier, à celui qui est chargé d'acquitter le legs ou grevé de la disposition : de sorte que c'est pour le punir de n'y avoir pas satisfait, c'est comme moyen de contrainte que le legs, qui est une charge pour lui, puisqu'il diminue d'autant son hérédité, a été fait. — « Je lègue cent sous d'or à Titius, s'il donne sa fille en mariage à un tel. » Ceci est un legs conditionnel, ordinaire, parfaitement valable; la condition est imposée au légataire, c'est à lui à voir s'il veut du legs à ce prix. « Si mon héritier ne donne pas sa fille en mariage à un tel, je lègue cent sous d'or à Titius : » ceci est un legs à titre de peine; la condition est imposée à l'héritier; s'il n'y satisfait pas, il sera puni par l'obligation d'acquitter le legs; il se trouve donc dans cette alternative : ou obéir au défunt ou être grevé d'un legs. — Ainsi, le caractère distinctif est bien déterminé : c'est que la condition, l'ordre de faire ou de ne pas faire est adressé non pas au légataire, mais à l'héritier. En effet, le legs, sous quelque condition qu'il soit fait, ne peut jamais être une peine pour le légataire, qui est toujours libre, en définitive, de l'accepter ou de le refuser si la condition ne lui convient pas; mais c'est une

(1) GAI. 2. §§ 235, 236, 237, 243. — ULP. Reg. 24. § 17, et 25. § 13. — DIG. 34. 6. *De his quæ pœnæ causa relinquuntur.* — COD. 6. 41. *De his quæ pœnæ nomine in testamentis vel codicillis (scribuntur vel) relinquuntur.*

peine pour l'héritier, qui sera forcé de l'acquitter en punition de sa non-obéissance à l'ordre du défunt.

932. Un pareil legs, en droit romain, était radicalement nul, et cela par deux raisons, dit Théophile dans sa paraphrase : la première, c'est que ce legs se trouve entièrement sous la dépendance de l'héritier, maître de le devoir ou de ne pas le devoir; la seconde, la plus caractéristique, c'est que les legs doivent prendre leur origine dans un sentiment de bienveillance, d'affection pour le légataire, et non dans un ressentiment contre l'héritier (1) : c'est au juge à apprécier si le légataire n'est pas pour le testateur moins un objet d'affection qu'un moyen de coercition (*pœnam a conditione voluntas testatoris separat*) (2). — La nullité s'appliquait également, soit au legs de liberté (3), soit à l'institution d'héritier (4), soit même au fidéicommis (5), laissés à titre de peine; car, que l'on eût voulu contraindre l'héritier en l'obligeant, en cas de désobéissance, à affranchir un esclave, ou à partager l'hérédité avec un autre, ou à donner un fidéicommis, la raison était la même (6).

Nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. L'empereur étant au-dessus des lois (p. 532), on aurait pu espérer que le legs à titre de peine lui étant adressé, il serait maintenu, et que l'héritier, pour éviter d'avoir à l'acquitter, serait obligé d'obéir à la condition du testateur.

933. *Nihil distare a ceteris legatis constituimus.* Sous Justinien, les legs et les autres dispositions à titre de peine sont permis. Ce sont des legs conditionnels. Mais perdent-ils leur caractère particulier? Non certainement. Ainsi, dans le legs conditionnel ordinaire, la condition impossible ou illicite est considérée comme non avenue, et le legs maintenu comme pur et simple (n°s 740 et 925) ; au contraire, dans le legs à titre de peine, la condition impossible ou illicite est une cause de nullité : le legs est nul Pourquoi cette différence? C'est que, dans le premier cas, la condition est imposée au légataire lui-même : or il ne faut pas le punir, par la privation du legs, de n'avoir pas obéi à ce qu'il est impossible ou illicite de faire. Dans le second cas, au contraire, la condition est imposée à l'héritier : or il ne faut pas le punir, en l'obligeant à payer le legs, de n'avoir pas obéi à un ordre impossible ou illicite. La différence entre les deux cas n'est au fond que la déduction d'un même principe.

934. Justinien ne parle pas seulement du legs, de l'affranchis-

---

(1) Théoph. *hic.* — (2) Dig. 34. 6. 1. f. Marcian. — (3) Gai. 2. § 236. — (4) *Ib.* § 243. — (5) Ulp. Reg. 25. § 13. — (6) Quant à la dation d'un tuteur, dit Gaius, elle n'offre aucune question, puisqu'elle ne peut pas être un moyen de contrainte contre l'héritier. « De tutore vero nihil possumus quærere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere, aut non facere : ideoque nec datur pœnæ nomine tutor (et si) datus fuerit, magis sub conditione quam pœnæ nomine datus videbitur. » Gai. 2. § 237.

sement, de l'institution d'héritier ou du fidéicommis à titre de peine : il ajoute encore, tant dans notre texte que dans sa constitution au Code (1), la révocation (*ademptio*) et la translation des legs (*translatio*). Ceci présente plus de difficulté. Ici la peine ne porte pas sur l'héritier, et la condition ne lui est pas imposée à lui-même; car, s'il s'agit de révocation de legs, c'est profit pour lui; et quant à la translation, que lui importe que le legs soit transféré à l'un ou à l'autre? La peine est pour le légataire à qui le legs sera retiré, soit pour être transféré à un autre, soit pour être anéanti. C'est donc à lui que la condition est imposée. Mais alors ceci n'est-il pas une condition ordinaire? le testateur n'est-il pas libre d'imposer à sa libéralité telle condition qu'il lui plaît, sauf au légataire à voir s'il lui convient d'accepter ou non? Et si l'on décide que, même dans ce cas, l'intention particulière que le testateur a eue d'infliger une peine, un moyen de contrainte, donne au legs un caractère à part, comment pourra-t-on distinguer s'il s'agit d'une condition ordinaire ou d'une peine? C'était ici que la distinction devenait véritablement subtile ou douteuse; et c'est ici plus particulièrement que s'applique cette observation de Marcien : « Pœnam a conditione voluntas testatoris separat : et (an) pœna, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque divi Severus et Antoninus rescripserunt (2). » C'est, du reste, le seul fragment qui nous soit parvenu des jurisconsultes anciens où il soit question de *translation;* dans aucun ne figure la révocation (3). Tous ne parlent que du legs, de l'affranchissement, de l'institution d'héritier ou du fidéicommis à titre de peine; à l'égard desquels le caractère est bien distinct et tout à fait hors de doute.

TITULUS XXI.	TITRE XXI.
DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM (4).	DE LA RÉVOCATION ET DE LA TRANSLATION DES LEGS.

935. Nous pouvons généraliser le sujet de ce titre, et traiter des diverses manières dont les legs sont infirmés : matière qui correspond à celle déjà exposée pour les testaments (nos 773 et suiv.).

Un legs auquel il manque quelqu'une des conditions indispensables à son existence, capacité, forme, nature de la chose léguée, ou autres qui nous sont déjà connues, est nul dès son origine. Mais il peut arriver que, régulièrement faits dans le principe, les legs se trouvent infirmés par la suite. La révocation

(1) Cod. 6. 41. — (2) Dig. 34. 6. 2. f. Marcian. — (3) Supposez un legs ainsi transféré ou ainsi révoqué : « Je lègue cent à Primus, et s'il ne boit pas toute l'eau du Tibre, s'il ne tue pas Gaius, je transfère le legs à Secundus, ou bien je révoque le legs. » Ces conditions impossibles ou contraires aux lois ne seront pas considérées comme non avenues; mais, conformément aux règles sur les dispositions à titre de peine, elles rendront nulle la translation ou la révocation qui y est subordonnée. — (4) Dig. 34. 4. *De adimendis vel transferendis legatis.*

(*ademptio*), la translation (*translatio*), et d'autres événements encore, peuvent produire cet effet.

Ademptio legatorum, sive *eodem testamento* adimantur legata, *sive codicillis*, firma est : *sive contrariis verbis* fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit : Do, LEGO, ita adimatur : NON DO, NON LEGO; sive non contrariis, id est, aliis quibuscunque verbis.

La révocation d'un legs est valable, qu'elle soit faite par le même testament ou *par codicilles*; en *termes contraires*, par exemple, si après avoir dit : JE DONNE, JE LÈGUE, on dit : JE NE DONNE PAS, JE NE LÈGUE PAS; ou en termes non contraires, c'est-à-dire dans toute autre expression.

936. *Eodem testamento :* car, s'il s'agissait d'un autre testament postérieur, son existence seule romprait non-seulement les legs, mais le premier testament tout entier, puisque nul ne peut avoir deux testaments.

Sive codicillis : car il peut exister plusieurs codicilles se rattachant à un même testament.

Sive contrariis verbis. A l'époque où la solennité des formules existait, les legs créés par cette solennité devaient être révoqués de même. Aussi Ulpien nous dit-il : « Legatum quod datum est adimi potest..... dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est (1). » Si donc il s'agit d'un legs donné *per vindicationem*, par la formule DO, LEGO, il faudra, pour le révoquer, la formule contraire; NON DO, NON LEGO. Si la révocation a été exprimée autrement, le legs, selon le droit civil, existe toujours; mais le légataire, s'il le demande, pourra être repoussé par l'exception de dol (2). — Sous Justinien, époque où la solennité de paroles est entièrement supprimée, le texte nous dit qu'il n'est plus nécessaire que la révocation soit faite dans les termes contraires; peu importe l'expression, pourvu que la volonté soit suffisamment manifestée. — La révocation peut être faite ou purement et simplement, ou sous condition. Dans ce dernier cas, le legs, de pur et simple qu'il était, devient conditionnel, comme s'il eût été fait sous la condition contraire à celle de la révocation (3).

937. La révocation peut non-seulement être expresse, mais encore résulter des faits. Tel est le cas où le testateur a biffé la disposition (*inducere quod scriptum est*) (4). S'il détruit la chose, s'il se fait payer la créance qu'il avait léguée, ou s'il met la chose hors du commerce, par exemple, s'il la rend sacrée ou religieuse, s'il affranchit l'esclave donné : il n'y a pas précisément révocation; le legs n'existe plus, parce qu'il n'a plus d'objet (n[os] 895 et suiv.). Mais si le testateur aliène la chose, nous avons vu qu'il y a, selon les cas, révocation indirecte (n° 888). — Enfin la révocation peut même se déduire par présomption de certaines circonstances : par exemple si des inimitiés capitales sont survenues entre le testateur

(1) ULP. Reg. 24. § 29, et 2. § 12. — (2) Voir la paraphrase de Théophile, *hic*. — (3) DIG. 35. 1. 107. f. Gai. — 34. 4. 10. f. Julian. — (4) DIG. 34. 4. 16. f. Paul.

et le légataire (1); ou si le testateur, par une écriture postérieure, a ajouté à sa disposition quelque note injurieuse contre le légataire (2).

1. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit : HOMINEM STICHUM QUEM TITIO LEGAVI, SEIO DO, LEGO; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari.

1. Un legs peut aussi se transférer d'une personne à une autre, par exemple si le testateur dit : STICHUS QUE J'AVAIS LÉGUÉ A TITIUS, JE LE DONNE ET LÈGUE A SÉIUS; que cela se fasse dans le même testament, ou dans des codicilles. Dans ce cas il y a à la fois révocation quant à Titius, et legs pour Séius.

938. La translation d'un legs peut se faire de quatre manières, dit le jurisconsulte Paul : ou d'un légataire à un autre (*a persona in personam*); ou d'un héritier grevé d'un legs, à un autre des héritiers qui en sera grevé à sa place (*ab eo qui dare jussus est, ut alius det*); ou d'une chose à l'autre (*cum res pro re datur*); ou enfin en donnant sous condition ce qui avait été donné purement et simplement (*quod pure datum est, transfertur sub conditione*) (3), c'est-à-dire en somme, par le changement : de légataire, d'héritier, de chose, ou de modalité dans la disposition; ce qui correspond tout à fait à la novation en matière d'obligation. — Dans ces quatre cas, le premier legs est tacitement révoqué par la substitution d'un autre; mais les effets ne sont pas identiques.

Le texte ne parle ici que de la première de ces translations. Le legs passe d'un légataire à l'autre avec tous ses accessoires, modalités et charges (*cum sua causa*) (4). Si le second légataire est incapable ou le devient, ou s'il refuse le legs, cela n'empêche pas la révocation du premier, parce que la volonté du testateur n'en a pas moins été de le révoquer (5). — Du reste, il pourrait arriver que le testateur eût voulu faire, non pas une translation, mais une substitution ou une conjonction de légataires : c'est toujours à sa volonté qu'il faut s'attacher (6).

Lorsque la translation a eu lieu à l'égard des choses, le testateur en ayant donné une nouvelle en place de la première, si la deuxième n'a pas été valablement donnée, le legs de la première subsiste, parce qu'ici l'intention du testateur n'a pas été de priver son légataire de toute libéralité (7).

939. Le legs valable dans son principe, et à l'égard duquel aucun changement de volonté du testateur n'est survenu, peut cependant s'éteindre, s'évanouir. — Cela a lieu (*legatum extinguitur*) : 1° si le testament dont le legs dépend est infirmé pour une cause quelconque (*ruptum, irritum,* ou *destitutum*); car le

(1) DIG. 34. 4. 3. § 11; 4. f. Ulp.; 22. f. Papin.; 31. § 2. f. Scævol. — (2) *Ib.* 13. f. Marcian.; 29. f. Paul. — (3) DIG. 34. 4. 6. f. Paul. — (4) *Ib.* 24. p. f. Papin. — 35. 1. 95. f. Hermog. — 34. 1. 13. pr. f. Scævol. — (5) DIG. 34. 4. 8. f. Julian., et 20. f. Pomp. — 30. 1°. 34. pr. f. Ulp. — (6) DIG. 30. 1°. 33. f. Paul. — COD. 6. 37. 6 et 7 const. Anton. — (7) Arg. DIG. 32. 3°. 18. f. Pomp.

sort des legs est attaché à celui de l'institution d'héritier (n° 921); 2° si le légataire meurt ou cesse d'avoir la faction de testament avant la fixation de son droit (avant le *dies cedens*) (n° 855); 3° si la chose léguée périt ou cesse d'être dans le commerce (n° 895). C'est-à-dire faute d'héritier, de légataire ou de chose léguée : dans le premier cas, il n'y a pas de débiteur; dans le second, pas de créancier; dans le troisième, pas d'objet dû. — Enfin, le legs peut encore être retiré, enlevé au légataire (*legatum aufertur, eripitur; — legatum ereptitium*) pour cause d'indignité (1).

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege Duodecim Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset, UTI LEGASSIT SUÆ REI ITA JUS ESTO), visum est hanc legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestato moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam *lex Furia* quam *lex Voconia* latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est *lex Falcidia*, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum, id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

TITRE XXII.

DE LA LOI FALCIDIE (2).

Il nous reste à parler de la loi Falcidie, qui a posé les dernières bornes aux legs. Jadis, d'après les Douze Tables, la liberté de léguer était tellement illimitée, qu'on pouvait épuiser en legs tout son patrimoine; en effet on y lisait : CE QU'IL AURA ORDONNÉ PAR LES LEGS SUR SA CHOSE, QUE CELA FASSE LOI. On songea donc à restreindre cette liberté excessive : et cela dans l'intérêt même des testateurs; plusieurs, en effet, mouraient intestat, les héritiers institués se refusant à faire adition pour un profit nul ou presque nul. Deux lois ayant d'abord paru sur ce point, la *loi* FURIA et la *loi* VOCONIA, mais insuffisantes, chacune, pour atteindre complétement leur but : enfin fut portée la *loi* FALCIDIE, qui défend de léguer plus des trois quarts de tous les biens; c'est-à-dire, soit qu'il y ait un ou plusieurs héritiers institués, il doit leur rester au moins le quart.

940. *Lex* FURIA, surnommée *testamentaria;* plébiscite le plus ancien des trois (3), que l'on place, par hypothèse, an 571 de R., 183 avant J. C., et dont Gaius nous fait connaître les dispositions en ces termes : « Qua, exceptis personis quibusdam, cæteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. » A quoi il ajoute que cette loi n'atteignait pas son but, puisque rien n'empêchait le testateur de multiplier le nombre des legs de mille as, jusqu'à épuisement de l'hérédité (4).

---

(1) DIG. 34. 9. *De his quæ ut indignis auferuntur.* — COD. 6. 35. *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur.* — Nous reviendrons sur cette matière. — (2) SOURCES : Avant Justinien : Gai. 2. §§ 224 et suiv. — ULP. Reg. 24. § 32. — PAUL. Sent. 3. 8. *Ad legem Falcidiam.* — Sous Justinien : Dig. 35. 2. *Ad legem Falcidiam;* et 3. *Si plus quam per legem Falcidiam*, etc. — COD. 6. 50. *Ad legem Falcidiam.* — NOVELL. 1. c. 2. *De lege Falcidia et inventario.* — Après Justinien : Basiliques, liv. 41. περὶ φαλκιδίου (de la Falcidie). — (3) Ce point est hors de doute : Cicéron. *Pro Balbo*, 8; Gai. 2. § 226; Théophile, dans sa paraphrase, *hic.* — (4) GAI. 2. § 225, et 4. § 23; et d'après lui, Théophile, *hic.*

Lex Voconia, qualifiée aussi de *testamentaria;* plébiscite postérieur au précédent, que l'on place hypothétiquement en 585 de Rome, 169 ans avant J. C. C'est la loi beaucoup plus connue dans la littérature par les restrictions qu'elle avait apportées contre les femmes à la capacité d'être instituées héritières (ci-dessus, n° 719). Cette loi contenait, relativement aux legs, un autre chef dont Gaius nous fait connaître la disposition en ces termes : « Qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. » Disposition présentant un vice semblable, ajoute le jurisconsulte; car rien n'empêchait le testateur de multiplier tellement le nombre des legs, que chacun n'eût plus qu'une portion minime, à laquelle l'héritier pouvait ainsi être réduit (1).

Lex Falcidia, plébiscite qui précéda de peu d'années la mort de Cicéron (714 de R., 40 avant J. C.) (2).

941. On sentira l'importance de cette législation, établie en quelque sorte par tâtonnement, si l'on réfléchit que, dans le système romain, le légataire n'est qu'un acquéreur de biens, que l'héritier seul continue la personne juridique, et que l'existence de toutes les dispositions testamentaires dépend de lui : s'il refuse l'hérédité, tout s'évanouit pour faire place à la succession *ab intestat.* L'intérêt que l'héritier institué ne se trouvât pas réduit à une portion tellement minime qu'il ne voulût plus de l'hérédité était donc majeur. — Le trésor public lui-même entrait dans cet intérêt pour une notable partie : l'impôt sur les testaments, qui dès cette époque était déjà établi et qui formait une source très-productive de revenus, s'évanouissait si le testament était déserté. L'intérêt fiscal entra donc pour sa bonne part dans la loi Falcidie.

942. Les dispositions de cette loi, faite dans le principe pour les legs seulement, furent ensuite étendues : d'abord, par le sénatus-consulte Pégasien, aux hérédités fidéicommissaires et aux fidéicommis dont l'héritier institué aurait pu être grevé (3); ensuite, par rescrit d'Antonin le Pieux, aux fidéicommis imposés à l'héritier *ab intestat* (4); plus tard, en vertu d'un rescrit de Sévère et d'Antonin, aux donations à cause de mort (5); puis aux donations entre époux (6). Toutes ces libéralités furent soumises à la retenue prescrite. Enfin, *transportée dans une autre matière,* l'idée de la loi Falcidie donna naissance à la théorie de la *portion légitime,* que nous avons déjà exposée (n° 794).

(1) Gai. 2. § 226, et Théophile, *hic.* — Ce plébiscite est probablement le même qui avait frappé les femmes d'une certaine incapacité de recevoir ou d'être héritières par testament. Cicéron, *De senect.* 5. — *In Verr.* 1. 43. — Gai. 2. § 274. — Paul. Sent. 4. 8. § 22 (et ci-dessus, n° 719). — (2) Cass. Dio. 48. 33. — (3) Voir ci-dessous, tit. 23. § 5, n° 961. — Gai. 2. §§ 254 et 256. — (4) Dig. 35. 2. 18. f. Paul. — Ici la loi Falcidie est transportée dans les hérédités *ab intestat :* on voit combien elle est détournée de son but primitif. — (5) Cod. 6. 50. 5. const. Alexand. — 8. 57. 2. const. Gordian. — Dig. 39. 6. 27. f. Marcian. — (6) Dig. 24. 1. 32. § 1. — Cod. 6. 50. 12. const. Dioclet. et Maxim.

Cette part réservée à l'héritier par la loi Falcidie est nommée généralement, dans les commentaires, quarte Falcidie; mais les Romains l'appellent toujours simplement la quarte (*quarta*), ou la Falcidie (*Falcidia*).

1. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem dimidiam minuant, an quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat? placuit posse retinere. Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

1. Mais on s'est fait cette question : Titius et Séius ont été tous deux institués héritiers : Titius a été chargé de legs qui épuisent sa part ou qui la grèvent au delà des trois quarts; Séius n'a été chargé d'aucun legs, ou ceux dont il a été chargé ne lui enlèvent que la moitié de sa portion : faudra-t-il, parce que celui-ci conserve le quart ou plus de toute l'hérédité, que Titius ne puisse rien retenir sur les legs mis à sa charge? On a décidé qu'il pourra retenir le quart de sa portion. En effet, le calcul de la loi Falcidie doit s'appliquer à chaque héritier séparément.

943. Nous avons vu, sous le paragraphe précédent, sur quelles libéralités porte la réduction de la Falcidie. — Il faut voir, sous celui-ci, à qui en appartient le droit.

A l'héritier, soit testamentaire, soit *ab intestat*, d'après ce que nous venons de dire. — Mais jamais aux légataires, ni aux fidéicommissaires sur les fidéicommis dont ils seraient grevés à leur tour (1). L'origine même de la loi Falcidie y répugne : une fois l'adition faite par l'héritier, toute volonté du défunt se trouve consolidée (*rata constituitur*) (2).

Mais s'il y a plusieurs héritiers grevés différemment les uns des autres, que décider? Telle est la question que se pose notre texte. Et la solution est simple : chacun d'eux doit avoir la quarte de sa part sans s'occuper de celle des autres. Ainsi il faut opérer sur chaque portion isolément, abstraction faite des autres : « In singulis heredibus rationem legis Falcidiæ componendam esse non dubitatur (3). » — Si, cependant, l'un de ces héritiers vient à défaillir, sa part accroît aux autres : que faire alors? les quartes restent-

(1) Dig. 35. 2. 47. § 1. f. Ulp. — (2) C'est le motif que donne Papinien lui-même. Dig. 36. 1. 55. § 2. f. Papin.; 22. § 5. f. Ulp. — Voir cependant 35. 2. 32. § 4. f. Marcian. Mais ici il ne s'agit pas de la quarte du legs lui-même : il s'agit de répartir équitablement la retenue que l'héritier a faite. — (3) Dig. 35. 2. 77. f. Gai. Ce fut là une interprétation judicieuse de la loi Falcidie; ne peut-on pas croire qu'elle dépassait le but? Pourvu que l'un des héritiers accepte, le testament est maintenu; qu'importait donc qu'il y en eût quelques-uns qui, n'étant pas contents de leur portion, refusassent? La réponse à cette objection, c'est que la retenue de la Falcidie, même en cette hypothèse, avait encore un but utile dans le propre intérêt du légataire, car l'accroissement de la part refusée se faisant *sine onere* dans l'ancien droit, les légataires, par ce refus, auraient vu s'évanouir toute leur espérance. Cet intérêt a continué de subsister après les lois caducaires pour tous les cas d'application de l'ancien droit d'accroissement, mais non pour ceux de la *caduci vindicatio*, laquelle avait lieu *cum onere* (ci-dess., n° 877 *bis*). Sous Justinien les règles de l'accroissement quant aux charges ne sont plus les mêmes.

elles séparées, ou se confondent-elles? Il faut distinguer : 1° Si la part grevée accroît à celle qui ne l'est pas, cette dernière reste intacte comme auparavant; la quarte est déduite de la portion grevée seulement; 2° si les deux parts réunies sont chacune grevées, il en est de même, le calcul continue à s'opérer séparément sur chaque part; 3° mais si c'est la part non grevée qui accroît à celle qui l'est, comme il y a tout profit pour cette dernière, les deux parts se confondent, et la quarte est retenue sur le total (1).

II. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si, verbi gratia, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis heres quartam (partem hereditatis) habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque (aureorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. Quæ res efficit ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

2. Quant au patrimoine sur lequel doit opérer la loi Falcidie, c'est au temps de la mort qu'il faut l'apprécier. Par exemple, que celui dont le patrimoine valait cent pièces d'or ait légué cent pièces d'or, il ne servira en rien aux légataires que, soit par les acquisitions des esclaves, soit par le part des femmes ou par le croît des troupeaux appartenant à l'hérédité, celle-ci se soit tellement accrue qu'il dût encore en rester le quart à l'héritier, même après avoir payé les cent pièces d'or léguées. Ces legs n'en devront pas moins subir la réduction du quart. En sens inverse, qu'il n'ait légué que soixante-quinze pièces d'or, et qu'avant l'adition le patrimoine ait, par des incendies, par des naufrages ou par la mort des esclaves, tellement décru, qu'il ne reste plus que la valeur des soixante-quinze pièces d'or ou même moins : les legs seront toujours dus en totalité. Et ceci n'est pas au détriment de l'héritier, car il lui est libre de ne pas faire adition. D'où la nécessité pour les légataires de transiger avec l'héritier, s'ils veulent empêcher l'abandon du testament qui leur ferait tout perdre.

944. Quelle est l'époque à laquelle il faut se reporter pour apprécier comparativement la valeur du patrimoine et celle des legs? pour déterminer si ceux-ci dépassent ou non la quotité fixée, et de combien ils doivent être réduits? telle est la question de ce paragraphe. La réponse est qu'il faut se reporter au moment de la mort du testateur. Ainsi, on prend en abstraction le patrimoine et les legs tels qu'ils se trouvaient à cette époque; on laisse de côté (mais fictivement, pour le calcul seulement) (2) les

(1) DIG. 35. 2. 78. f. Gai. M. MACHELARD (pag. 149 et suiv. de sa dissertation spéciale) estime avec raison qu'il s'agissait ici non de cas d'accroissement, mais de cas de *caduci vindicatio*, puisque le fragment est de Gaius et qu'à l'époque de ce jurisconsulte indubitablement l'accroissement avait lieu *sine onere*, tandis que la *vindicatio caduci* se faisait *cum onere* (ci-dess., n° 877 *bis*). — (2) Ce serait une grande erreur de prendre cette abstraction fictive pour une chose sérieuse. Elle n'empêche pas qu'en fait le patrimoine héréditaire ou les legs profiteront ou souffriront, chacun suivant les règles déjà exposées (n°s 894 et suiv.), des augmentations, détériorations ou pertes totales survenues depuis. Seulement, il n'est pas tenu compte de ces modifications dans le calcul de la Falcidie.

accroissements, les décroissements ou même les pertes totales que pourraient avoir éprouvés depuis cette époque soit le patrimoine, soit les legs : c'est sur cette appréciation rétroactive qu'on calcule la quarte, sans s'occuper des faits postérieurs.

945. Mais pourquoi la loi Falcidie s'est-elle ainsi attachée à la mort du testateur, et non pas au moment de l'adition? L'idée du principe que les legs se fixent en général à la mort s'accorde bien jusqu'à un certain point avec l'époque de la Falcidie : en effet, c'est au moment où le droit se fixe (*dies cedit*) que l'étendue du legs doit être calculée. Cependant ce principe ne domine pas ici entièrement; car le calcul se reporte au moment de la mort pour tous les legs indistinctement, quoiqu'il y en ait quelques-uns à l'égard desquels le *dies cedens* n'arrive que plus tard. Sans doute le motif de la loi Falcidie, en prenant l'époque de la mort, a été, que l'étendue des libéralités permises au défunt devait être fixée d'une manière invariable par rapport à lui, et indépendante du plus ou du moins de temps que ses héritiers mettraient à venir à l'hérédité. Mais il en est résulté que le but de la loi a pu être manqué dans certains cas. C'est en effet au moment de l'adition que les héritiers ont intérêt à apprécier le patrimoine et ses charges, afin de voir s'il ne vaut pas mieux pour eux refuser. — Si donc les diminutions étaient telles, que l'héritier voulût refuser l'hérédité, les légataires ainsi menacés dans l'existence même de leurs legs, pour ne pas tout perdre, seraient obligés de capituler avec lui. Telle est l'idée qu'exprime la fin de notre texte.

III. Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum; item funeris impensa et pretia servorum manumissorum : tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars ad heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est; deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

3. Pour faire le calcul de la loi Falcidie on déduit d'abord les dettes, les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis; sur ce qui reste, le quart est retenu par l'héritier, et les trois quarts sont distribués aux légataires en proportion de la valeur du legs de chacun. Ainsi, supposons un patrimoine de quatre cents pièces d'or; le total des legs est de pareille somme, chaque legs sera réduit d'un quart. Si leur total est de trois cent cinquante pièces d'or, chacun sera réduit d'un huitième. Enfin s'il a été légué cinq cents pièces d'or, on commencera par supprimer un cinquième, et ensuite on déduira le quart. En effet, il faut avant tout déduire ce qui excède le patrimoine, puis sur les biens le quart qui doit rester à l'héritier.

946. Comment s'opère le calcul? voilà le sujet traité ici.

Æs alienum, les dettes du défunt : l'expression est énergique, c'est le bien d'autrui. Il faut donc les retrancher du patrimoine.

Funeris impensa. Les funérailles du testateur, du bienfaiteur commun, tout le monde doit y concourir.

Pretia servorum manumissorum. Ils ne deviendront libres

que par l'adition, ou même par la manumission seulement, s'il s'agit d'affranchissement fidéicommissaire; au moment de la mort ils sont donc encore dans les biens; cependant il faut les en déduire, puisqu'ils n'y sont que pour en sortir par la liberté. Ces affranchissements sont des legs, des libéralités du défunt, mais ils échappent à la Falcidie; car leur nature même n'admet aucune possibilité de réduction.

947. Du reste, le calcul, si l'on suppose des legs conditionnels, des legs à terme, des legs annuels ou viagers, des legs qui consistent à faire ou à ne pas faire, et diverses autres circonstances, présente de nombreuses difficultés, des nécessités d'appréciations, des questions ardues, sur lesquelles l'esprit subtil des jurisconsultes romains s'était ingénieusement exercé, mais qu'il serait trop long de rapporter ici (1).

948. La loi Falcidie ne s'appliquait pas aux testaments militaires (2), ni dans quelques autres cas privilégiés ou exceptionnels. Justinien même, par une novelle, donna au testateur le droit d'en défendre expressément ou tacitement l'application (3). (A. 6, l. 2.)

TITULUS XXIII.	TITRE XXIII.
DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.	DES HÉRÉDITÉS FIDÉICOMMISSAIRES (4).
Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.	Passons maintenant aux fidéicommis, et d'abord occupons-nous des hérédités fidéicommissaires.

949. Les fidéicommis correspondent en quelque sorte, ou aux institutions d'héritier, ou aux legs. — Aux institutions d'héritier, lorsqu'ils ont pour objet l'hérédité ou une quote-part de l'hérédité; c'est ce qui se nomme, dans le droit romain, l'hérédité fidéicommissaire (*fideicommissaria hereditas*), et dans la langue moderne des commentateurs fidéicommis universels. — Aux legs, lorsqu'ils ont pour objet toute autre chose qu'une quote-part de l'hérédité : par exemple, une chose déterminée soit dans son genre, soit dans son espèce, ou même une universalité, comme un pécule, un troupeau. C'est ce que le droit romain nomme fidéicommis d'une chose particulière (*fideicommissum singulæ rei*), et les commentateurs, pour abréger, fidéicommis particulier. — Dans le premier cas, le défunt fait, à la place d'un héritier civil, un héritier fidéicommissaire; dans le second, à la place d'un légataire, un fidéicommissaire d'objet particulier.

Le texte doit traiter d'abord des hérédités fidéicommissaires.

(1) Voir le titre spécial sur la matière, Dig. 35. 2. — (2) Dig. 35. 2. 17. f. Scævol.; 92. f. Macer.; 96. f. Scævol. — (3) Novell. 1. c. 2. § 2. — (4) Sources. Avant Justinien : Gai. 2. §§ 246 et suiv. — Ulp. Reg. 25. *De fideicommissis*. — Paul. Sent. 4. 1. *De fideicommissis*; 2. *De sen. cons. Trebelliano*; 3. *De sen. cons. Pegasiano*; 4. *De repudianda hereditate*. — Sous Justinien : Dig. 36. 1. *Ad sen. cons. Trebellianum*. — Cod. 6. 49. *Ad sen. cons. Trebellianum*.

Mais le paragraphe qui suit expose préalablement l'origine historique des fidéicommis.

1. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant. Et ideo FIDEICOMMISSA appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus semel iterumque, gratia personarum motus, vel quia *per ipsius salutem rogatus* quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur *et populare erat*, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem FIDEICOMMISSARIUM appellabant.

1. Dans l'origine, les fidéicommis étaient tous sans force, personne n'étant forcé d'accomplir ce dont on l'avait prié. En effet, voulait-on laisser l'hérédité ou des legs à des personnes incapables de les recevoir, on les confiait à la foi de personnes capables. Et ces dispositions se nommaient fidéicommis précisément parce qu'elles ne reposaient sur aucun lien de droit, mais seulement sur la foi de ceux qu'on avait priés. Ensuite, dans deux ou trois cas, soit par considération pour les personnes, soit qu'on dît que le mourant avait fait jurer la restitution *par le salut de l'empereur*, soit à cause de la perfidie insigne de certaines personnes, le divin Auguste ordonna aux consuls d'interposer leur autorité. Comme cela parut juste *et était populaire*, peu à peu cette intervention fut convertie en juridiction permanente ; et telle fut la faveur pour les fidéicommis, qu'on fut amené à créer un préteur spécial, chargé exclusivement de cette juridiction, et nommé fidéicommissaire.

950. Le citoyen qui voulait faire des dispositions sur son hérédité, institutions ou legs, était renfermé, par le droit civil, dans des limites précises. Il ne pouvait les faire que par testament, dans les formules consacrées et dans la langue nationale, le latin (1). Il fallait, avant tout, qu'il y eût un héritier institué, un héritier qu'il eût créé lui-même par sa loi particulière, et qui fût par conséquent à ses ordres. Quant à l'héritier *ab intestat*, qui ne devait son titre et ses droits qu'à la loi générale, il n'avait rien à lui enjoindre ; aucun ordre, non plus, à imposer aux légataires, ni à tout autre qu'à l'héritier testamentaire. Enfin, le cercle de ceux sur qui il pouvait étendre ses libéralités était restreint. Voulait-il donner à un pérégrin, habitant des provinces romaines, qui était peut-être son ami, son bienfaiteur, son cognat, mais qui ne jouissait pas des droits de cité ? à une femme citoyenne, dans les circonstances où la loi VOCONIA prohibait les libéralités testamentaires en leur faveur (v. ci-dessus, n° 719) ? à un proscrit, auquel la loi CORNELIA défendait de donner par testament (2) ? à un postume externe, ou à toute autre personne incertaine, telles que les municipalités, les colléges, les pauvres, les dieux (n°s 697 et suiv., 720) ? Il ne le pouvait pas. Puis, vinrent, à partir de l'empire d'Auguste, les lois ÆLIA SENTIA, JUNIA NORBANA, JUNIA et PAPIA POPPÆA, qui créèrent de nouvelles et si nombreuses

(1) ULP. Reg. 25. § 9. — (2) CICER. *In Verr.* II. 1. 47.

classes d'incapables : les affranchis déditices, les affranchis Latins Juniens, les célibataires (*cælibes*), les citoyens sans enfants (*orbi*). Notez que ces dernières lois, auxquelles on donne trop d'attention pour motiver l'usage des fidéicommis, sont de beaucoup postérieures à l'introduction de cet usage, car elles sont contemporaines, ou même postérieures à la sanction des fidéicommis par l'autorité d'Auguste.

951. Dans cette situation, ce qu'on ne pouvait commander, on le demanda précativement; on le confia à la bonne foi. On pria l'héritier par d'autres actes que par testament, afin d'éviter l'obligation de refaire, pour une seule disposition, le testament déjà fait, ou bien parce qu'on n'en avait pas la possibilité; on pria par lettres, par paroles, en latin ou en grec, peu importe. On pria le légataire, tous ceux à qui on adressait une libéralité, et même l'héritier *ab intestat*. On institua un citoyen capable, ou on lui légua, en le priant de restituer à un incapable soit l'hérédité, soit une quote-part, soit un objet particulier. Eût-on commandé ces dispositions en termes impératifs, ce n'eût pas été un ordre, car on n'avait pas le droit de le donner. Ce n'était jamais qu'un fidéicommis, chose commise à la foi seulement de celui à qui l'on s'était adressé. Pour enchaîner davantage cette foi, on fit jurer la personne chargée du fidéicommis; on la fit jurer par Jupiter, par les Lares, par quelque dieu domestique ou public, par son salut; puis, lorsque fut venue l'adulation impériale, par le salut, par le génie du prince (*per salutem; per genium principis*) (1). C'était un lien de conscience, de religion; mais pas encore un lien de droit.

952. Cependant déjà à l'époque de Cicéron, l'usage des fidéicommis, introduit depuis longtemps, avait l'assentiment commun. Dans les conseils d'amis, dont l'habitude était fréquente à Rome, on ne désapprouvait que les fidéicommis contraires au texte des lois (2) ; encore les hommes probes étaient-ils d'avis qu'on devait exécuter également ces derniers (3); les préteurs eux-mêmes jetaient le blâme sur ceux qui profitaient, pour s'y soustraire, de la rigueur des lois (4). Auguste, en y apportant son concours, ne fit donc que céder à l'opinion générale. Le texte nous indique suffisamment son motif : la mesure était populaire (*quia et populare erat*). Du reste, il faut bien se garder de croire que ce soit par un sénatus-consulte ou par une constitution que le droit des fidéicommis ait alors été établi. Nous voyons par le texte que ce fut une confirmation toute d'autorité; une intervention d'abord spéciale, pour tel ou tel cas plus favorable, l'empereur ordonnant aux consuls d'interposer leur autorité (5); puis, la création d'un

(1) CICER. *In Verr.* II. 1. 47. — PLINE. Ep. X. 67. — DIG. 31. 2°. 77. § 23. f. Papin. — 12. 2. 13. § 6, et 33. f. Ulp. — (2) CICER. *In Verr.* II. 1. 47. — (3) CICER. *De finib. bonor.* II. 17. 18. — (4) CICER. *In Verr.* II. 1. 47. — (5) VICO : *De uno universi juris principio et fine uno*, liv. I. § CCIX. t. 3, p. 144, édition de Milan.

pouvoir exceptionnel, d'une juridiction permanente, mais extraordinaire, d'un préteur particulier et exceptionnel pour faire respecter les fidéicommis. Aussi ces actes ne conféraient-ils aucune action de droit civil qui dût être jugée suivant la procédure ordinaire des actions; il n'en résulta que le droit de s'adresser au préteur fidéicommissaire, qui statuait lui-même, *extra ordinem* (1).

953. *Per ipsius salutem rogatus*. C'est le serment dont nous venons de parler à la page précédente.

Ob insignem quorundam perfidiam. Par exemple, si un affranchi refuse de restituer à son patron un fidéicommis, malgré le serment qu'il en a fait au défunt (2).

In assiduam jurisdictionem. L'intervention de l'autorité, d'abord spéciale pour telle ou telle affaire, établie ensuite en juridiction *ad hoc*, mais temporaire pour une seule époque de l'année, et déléguée aux magistrats de Rome exclusivement, fut enfin établie en juridiction permanente, et étendue dans les provinces (3).

954. Lorsque les fidéicommis eurent définitivement été sanctionnés comme engendrant un droit, on ne tarda pas à les régler eux-mêmes. Ainsi, d'après le sénatus-consulte PÉGASIEN (sous Vespasien), ils furent soumis, à l'égard des institutions et des legs, aux dispositions des lois JULIA et PAPIA POPPÆA contre les *cœlibes* et les *orbi* (4), et l'héritier qui se serait prêté, par fidéicommis tacite, à faire fraude à ces lois, aurait été privé même du droit de retenir la quarte Falcidie sur les dispositions ainsi dissimulées (5). De même, un sénatus-consulte, au temps d'Adrien, défendit qu'ils pussent être laissés aux *peregrini*, ni aux personnes incertaines, ni aux postumes externes (6). Nous avons même vu les jurisconsultes discuter si telles ou telles expressions seraient suffisantes pour constituer un fidéicommis (n° 846, note 2) (7). Mais le principe général était toujours resté, qu'ils tirent leur origine non de la rigueur du droit civil, mais de la volonté du défunt : « Non ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis (8) »; et qu'en conséquence ils doivent être exécutés plus largement.

II. In primis igitur sciendum est, opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat : *alioquin inutile est testa-*

2. Il faut avoir soin, d'abord, d'instituer un héritier directement dans son testament; puis on confie à sa foi la restitution de cette hérédité à un autre; car le testament où personne n'est in-

(1) « Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romæ quidem consulum aut prætoris qui fideicommissarius vocatur; in provinciis vero præsidum provinciarum. » ULP. Reg. 25. § 12. — GAI. 2. § 278. — (2) CICER. *In Verr.* II. 1. 47. — SUETON. Claud. 23. — (3) GAI. 2. §§ 278 et 279. — ULP. Reg. 25. § 12. — (4) GAI. 2. § 286. — (5) DIG. 34. 9. *De his quæ ut indign. auf.* 11. f. Papin. et 10. f. Gai. — (6) GAI. 2. §§ 285 et 287. — ULP. Reg. 25. § 13. — (7) PAUL. Sent. 4. 1. § 6. — (8) ULP. Reg. 25. § 1.

mentum, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit : LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere : ROGO TE, LUCI TITI, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAIO SEIO REDDAS, RESTITUAS. Potest autem quis et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

stitué héritier *est nul*. Ainsi, lorsqu'un testateur a écrit : QUE LUCIUS TITIUS SOIT MON HÉRITIER, il pourra ajouter : JE TE PRIE, LUCIUS TITIUS, DE RESTITUER CETTE HÉRÉDITÉ A GAIUS SÉIUS DÈS QUE TU AURAS PU EN FAIRE ADITION. On peut aussi charger son héritier de restituer une partie de l'hérédité seulement; et le fidéicommis peut être fait ou purement, ou sous condition, ou à terme.

955. *Alioquin inutile est testamentum*. Pas d'institution d'héritier, pas de testament. Ce qui n'empêche pas qu'on ne puisse, comme nous allons le voir au § 10, charger de fidéicommis même les héritiers *ab intestat*.

On nomme *fideicommittens* celui qui fait le fidéicommis; héritier fiduciaire (*fiduciarius*), celui qui est chargé de le restituer; enfin héritier fidéicommissaire (*fideicommissarius*), celui à qui il doit être restitué.

III. Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, *nihilominus heres permanet* : is vero qui recipit hereditatem, *aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*.

3. Une fois l'hérédité restituée, celui qui l'a restituée *n'en reste pas moins héritier;* quant à celui qui l'a reçue, il était *assimilé tantôt à un héritier, tantôt à un légataire*.

956. *Nihilominus heres permanet*. Voilà le principe du droit civil. Il n'y a d'héritier, de continuateur de la personne juridique du défunt, que celui à qui ce rôle a été conféré ou par la loi générale des successions *ab intestat*, ou par la loi particulière d'un testament conforme à toutes les prescriptions du droit civil. Lui seul représente le défunt; lui seul, à ce titre, a les actions tant actives que passives qui résidaient en sa personne.

957. Lorsque ce principe subsistait dans son intégrité, comment obviait-on à ces conséquences? Car supposons qu'en vertu d'un fidéicommis, l'hérédité ait été restituée en totalité ou en partie : malgré cette restitution, le fiduciaire n'en reste pas moins héritier; lui seul peut poursuivre les débiteurs, lui seul peut être poursuivi par les créanciers; comment donc arrivera-t-on à faire supporter au fidéicommissaire sa part des dettes héréditaires, et à le faire profiter de sa part des créances? On y parvenait par des arrangements, par des stipulations entre lui et l'héritier. En effet on recourait à la fiction d'une vente. L'héritier faisait au fidéicommissaire la vente fictive de l'hérédité pour une seule pièce de monnaie (*nummo uno*); et alors intervenaient entre eux les stipulations qui avaient coutume de se faire entre le vendeur et l'acheteur d'une hérédité : l'héritier stipulait de celui à qui il restituait l'hérédité que celui-ci l'indemniserait de tout ce qu'il serait obligé de payer, et le défendrait contre toute poursuite qu'il subirait en qualité d'héritier; et celui à qui était faite la restitution stipulait à son tour de l'héritier que celui-ci lui restituerait tout ce qui lui parviendrait en qualité d'héritier, et même qu'il lui permettrait

de poursuivre, à titre de procureur, les créances héréditaires. Ces stipulations, dont Gaius nous a conservé à peu près la teneur (1), se nommaient *emptæ et venditæ hereditatis stipulationes*. Elles avaient lieu soit qu'il fallût restituer toute l'hérédité, soit seulement une partie, et pour la part de cette hérédité qui était censée vendue; car alors celui à qui se faisait la restitution n'obtenait lieu ni d'un héritier, ni d'un légataire, mais d'un acheteur : « Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris (2). »

958. *Aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur* : voici la modification faite au droit civil. Le fidéicommissaire, selon les principes civils, n'est ni héritier, ni légataire; mais, par adoucissement, on est arrivé à lui en donner la place (*loco habebatur*) : tantôt celle d'héritier, lorsque le sénatus-consulte Trébellien était appliqué; — tantôt celle de légataire, lorsqu'on appliquait le sénatus-consulte Pégasien. Il s'agit d'exposer ce que c'était que ces sénatus-consultes, et dans quel cas avait lieu l'application de l'un ou de l'autre.

IV. (Et Neronis quidem) temporibus, Trebellio Maximo et Annæo Seneca consulibus, senatus-consultum factum est : quo cautum est ut, si hereditas, ex fideicommissi causa restituta sit (omnes) actiones quæ jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta sit hereditas. Post quod senatus-consultum prætor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit.

4. Du temps de Néron, sous le consulat de Trebellius Maximus et d'Annæus Seneca, fut rendu un sénatus-consulte portant que, si l'hérédité devait être restituée par fidéicommis, toutes les actions qui, d'après le droit civil, existaient en faveur de l'héritier et contre lui, passeraient au fidéicommissaire et seraient données contre lui. Depuis ce sénatus-consulte, le préteur donna des actions utiles au fidéicommissaire et contre lui, comme il les aurait données à l'héritier et contre l'héritier.

959. Ainsi d'après le sénatus-consulte TRÉBELLIEN (en 815 de Rome, 62 de J.-C.), dont un fragment d'Ulpien nous a conservé les propres paroles (3), voilà le fidéicommissaire qui obtient lieu d'héritier; voilà ces principes, si jaloux autrefois, sur la continuation de la personne juridique du citoyen, qui s'en vont! Un simple fidéicommissaire, désigné sans les formalités du droit civil, sera considéré comme successeur, comme prenant en lui cette personne; il aura pour sa part les actions du défunt contre

(1) « Tum enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno hereditatem dicis causa venire; et quæ stipulationes (*inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eædem interponebantur*) inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo : heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur : ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi. » Gai. 2. § 252. — Voir aussi Gai. 3. § 85.

(2) GAI. 2. § 252. — (3) DIG. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. — Gai. 2. § 253.

les débiteurs, et les créanciers les auront contre lui! Toutefois, ces actions ne seront données à lui ou contre lui que comme actions *utiles*, par le secours du préteur et conformément aux dispositions de l'*édit* (*eæque in edicto proponuntur*); parce qu'elles ne le sont pas en vertu du droit civil (1), mais seulement par utilité, en supposant au fidéicommissaire une qualité qu'il n'a pas. Les créanciers de l'hérédité pourront toujours, à la rigueur, poursuivre par des actions directes l'héritier institué; car lui seul est le véritable héritier, l'héritier du droit civil; mais celui-ci aura pour se défendre contre eux une exception, *restitutæ hereditatis exceptio* : il a restitué l'hérédité. Et si, de son côté, l'héritier civil voulait, usant du droit rigoureux, agir contre les débiteurs, par des actions directes, même au delà de la part qui lui est restée, il serait à son tour repoussé par une exception (2).

V. Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa : postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso (3) et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatus-consultum, ipse heres onera hereditaria sustinebat : ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati *partitio* vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem et heredem : id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

5. Mais comme les héritiers inscrits, priés de restituer toute ou presque toute l'hérédité, refusaient d'en faire adition, pour un profit nul ou minime, et qu'ainsi les fidéicommis s'éteignaient, le sénat, sous le règne de Vespasien, Pegasus et Pusio étant consuls, décréta que l'héritier prié de restituer l'hérédité pourrait en retenir le quart, comme il est permis de le faire sur les legs, en vertu de la loi Falcidie. La même rétention fut accordée sur les objets particuliers laissés par fidéicommis. D'après ce sénatus-consulte, l'héritier restait soumis aux charges héréditaires; quant au fidéicommissaire qui recevait une partie de l'hérédité, il était assimilé à un légataire partiaire, c'est-à-dire à celui à qui une quote-part de l'hérédité avait été léguée. Sorte de legs nommé *partition*, parce que le légataire partageait avec l'héritier. Aussi les stipulations usitées entre l'héritier et le légataire partiaire furent-elles alors employées entre l'héritier et le fidéicommissaire : stipulations portant que les bénéfices et les charges de l'hérédité seraient communs entre eux, proportionnellement à la part de chacun.

960. Le sénatus-consulte TRÉBELLIEN mettait le fidéicommissaire à la place d'un héritier (*loco heredis*); il lui attribuait les actions tant actives que passives, pour le tout ou pour sa part, selon que l'hérédité lui avait été restituée en totalité ou en partie seulement. Mais dans le cas où l'héritier institué avait été chargé de restituer toute l'hérédité, ou bien une partie telle qu'il ne lui

(1) GAI. 2. § 253. — (2) DIG. 36. 1. 1. § 4. f. Ulp. et 27. § 7. f. Julian. — (3) Peut-être est-ce le jurisconsulte Pegasus, dont parle Pomponius : Dig. 1. 2. 2. § 47.

restait plus qu'un avantage minime, quel intérêt avait-il à faire une adition illusoire pour lui? Le sénatus-consulte le mettait, il est vrai, à l'abri du danger des dettes, encore n'était-ce qu'au moyen d'exceptions contre les créanciers; mais aucun profit ne lui était attribué. Aussi arrivait-il que l'héritier, dans cette situation, refusait une hérédité inutile pour lui; et par ce refus, il faisait tomber le testament, toutes les dispositions du défunt, et le fidéicommis lui-même. Tel fut l'inconvénient auquel remédia le sénatus-consulte PÉGASIEN (entre 823 et 829 de Rome, 70 et 76 de J.-C.).

961. Ce sénatus-consulte, qui contenait aussi d'autres dispositions importantes (1), accorda à l'héritier le droit de retenir sur les fidéicommis, de même que sur les legs, la quarte de la loi Falcidie (n° 942). C'était étendre à ce cas la loi Falcidie; c'était donc traiter le fidéicommissaire comme un légataire; le mettre en quelque sorte *loco legatarii*. Aussi, dans ce cas particulier, en dehors des prévisions du sénatus-consulte TRÉBELLIEN, le fidéicommissaire subissant la réduction de la quarte, traité comme un légataire, et non comme un héritier, n'avait-il pas les actions actives et passives pour sa part; comment donc régler ses droits à cet égard? On continua l'assimilation, il était traité comme un légataire, mais comme un légataire partiaire, puisqu'il avait une quote-part de l'hérédité : il intervint donc alors entre lui et l'héritier les stipulations *partis et pro parte*, dont nous avons parlé en traitant des legs (n° 904) (2).

962. Ce quart retenu par l'héritier sur les fidéicommis ne fut jamais nommé par les jurisconsultes romains autrement que la quarte (*quarta*), la Falcidie (*Falcidia*), l'avantage de la loi Falcidie (*commodum, beneficium legis Falcidiæ*) (3), absolument comme pour les legs. Les commentateurs lui ont donné la dénomination de quarte Trébellienne, qui ne lui a jamais appartenu en droit romain, et qui ne pouvait même lui appartenir, puisque c'était non pas le sénatus-consulte TRÉBELLIEN, mais le sénatus-consulte PÉGASIEN qui y avait donné naissance.

963. En somme, le sénatus-consulte PÉGASIEN n'abrogeait pas celui qui l'avait précédé : ils s'appliquaient chacun à des circon-

(1) Ainsi, nous avons vu, n° 954, qu'il mit de nouvelles restrictions à la capacité de recevoir par fidéicommis.

(2) C'est, selon nous, une erreur trop généralement répandue de croire que ces stipulations *partis et pro parte* eussent lieu, même jadis, entre l'héritier et le fidéicommissaire. Ce dernier, jusqu'aux sénatus-consultes, n'avait jamais été considéré ni comme héritier ni comme légataire; on ne parvenait à motiver des stipulations qu'en simulant une vente totale on partielle de l'hérédité : ce n'étaient donc jamais que les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* qui intervenaient (Gai. 2. § 252). Le sénat.-cons. PÉGASIEN ayant mis le fidéicommissaire *loco legatarii*, on recourut aux stipulations *partis et pro parte* (Gai. 2. § 254). — Rapprocher pour achever de se convaincre sur ce point : Gai. 2. §§ 252 et 254; — Ulp. Reg. 25. § 15; — Paul. Sent. 4. 3. § 1. — (3) DIG. 36. 1. 16. § 9. f. Ulp.; 22. § 2. f. Ulp.; 27. § 10. f. Julian.; 30. pr. f. Marcian.

stances différentes. Était-ce le cas du sénatus-consulte Trébellien, les actions se divisaient de plein droit, le fidéicommissaire était *loco heredis*. Était-ce celui du sénatus-consulte Pégasien, le fidéicommissaire était *loco legatarii;* les actions ne se divisaient pas ; il était nécessaire de recourir aux stipulations *partis et pro parte*. Mais dans quel cas devait avoir lieu l'application de l'un? dans quel cas l'application de l'autre? C'est ce qu'explique le paragraphe suivant.

VI. Ergo *siquidem non plus quam dodrantem hereditatis* scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus-consulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ, pro rata parte dabantur; in heredem quidem jure civili; in eum vero qui recipiebat hereditatem, ex senatus-consulto Trebelliano, tanquam in heredem. *At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem* restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatus-consulto : et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium et heredem; *si vero totam hereditatem restitueret*, emptæ et venditæ hereditatis stipulationes inter ponebantur. Sed *si recuset scriptus heres adire hereditatem*, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus-consulto ut, desiderante eo qui restituere rogatus est, *jussu prætoris adeat* et restituat hereditatem, *perindeque* ei et in eum qui recipit hereditatem *actiones dantur ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto*. Quo casu nullis stipulationibus est opus, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur qui recepit hereditatem; utroque senatus-consulto in hac speciæ concurrente.

6. Si donc l'héritier institué *n'avait pas été prié de restituer plus des trois quarts* de l'hérédité, cette restitution se faisait sous l'empire du sénatus-consulte Trébellien; et les actions étaient données contre chacun en proportion de sa part; savoir, contre l'héritier, d'après le droit civil; et contre le fidéicommissaire, d'après le sénatus-consulte Trébellien, comme s'il était héritier. Mais, *s'il avait été prié de restituer toute l'hérédité ou plus des trois quarts*, alors c'était le cas du sénatus-consulte Pégasien; l'héritier, une fois l'adition faite, pourvu qu'elle eût été volontaire, était soumis lui-même à toutes les charges héréditaires, soit qu'il eût fait, soit qu'il n'eût pas voulu faire la retenue du quart. Seulement, en cas de retenue, intervenaient les stipulations *partis et pro parte*, comme entre un légataire partiaire et l'héritier; tandis qu'en cas de restitution totale, c'étaient les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*. Mais si l'héritier institué refuse de faire adition, alléguant que l'hérédité lui paraît suspecte d'être onéreuse, le sénatus-consulte Pégasien porte que, si celui à qui il a été chargé de restituer le désire, il fera *adition par ordre du préteur*, et restituera l'hérédité, les actions étant données alors à celui et contre celui qui recevra l'hérédité, *comme sous l'empire du sén.-cons. Trébellien*. Dans ce cas, il n'est besoin d'aucune stipulation, parce qu'il y a à la fois, par l'effet du concours des deux sénatus-consultes, sécurité donnée à celui qui restitue, et transport des actions héréditaires à celui et contre celui qui reçoit l'hérédité.

964. La première partie de ce paragraphe nous montre clairement dans quel cas aura lieu l'application du sénatus-consulte Trébellien, et dans quel cas celle du sénatus-consulte Pégasien. — Si l'héritier n'a pas été chargé de restituer plus des trois quarts (*siquidem non plus quam dodrantem hereditatis*), le sénatus-consulte Pégasien est inapplicable, puisqu'il n'y a lieu à aucune

retenue : on reste dans les dispositions du sénatus-consulte TRÉBELLIEN. — Si, au contraire, il a été chargé de restituer plus des trois quarts (*at si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem*), c'est précisément le cas pour lequel le sénatus-consulte PÉGASIEN a été fait : on est donc sous l'empire de ce sénatus-consulte.

965. Mais la dernière partie du texte examine deux circonstances qui peuvent se présenter :

1° Si dans cette dernière hypothèse, celle où doit s'appliquer le sénatus-consulte PÉGASIEN, l'héritier, quoique ayant le droit de retenir la Falcidie, ne fait pas cette retenue, et restitue volontairement l'hérédité tout entière (*si vero totam hereditatem restitueret*), que décider quant aux actions? Passeront-elles au fidéicommissaire? Non, puisqu'on se trouve sous l'empire du sénatus-consulte PÉGASIEN. Le fait que l'héritier n'a pas voulu exercer sa retenue ne peut pas changer le droit : c'est sur lui et contre lui que continuent de résider toutes les actions; il ne lui reste donc, à lui et au fidéicommissaire, d'autre expédient que celui des anciennes stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (1).

2° Si, toujours dans la même hypothèse et nonobstant la faculté de retenir la Falcidie, l'héritier institué, par des motifs quelconques, alléguant qu'il croit l'hérédité suspecte, onéreuse, refuse de faire adition (*si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), que faire? Laissera-t-on tomber ainsi le testament, et, par suite, le fidéicommis? Une disposition spéciale du sénatus-consulte PÉGASIEN pourvoyait à ce cas. L'héritier fera adition par l'ordre du préteur (*jussu prætoris adeat*), il restituera toute l'hérédité; mais, en même temps, les actions seront transférées par le préteur à celui et contre celui à qui l'hérédité sera ainsi restituée, comme si l'on était dans le cas du sénatus-consulte TRÉBELLIEN (*perinde...... ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto*) (2).

VII. Sed quia stipulationes ex senatus-consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus *captiosas eas homo excelsi ingenii, Papinianus, appellat*, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet : ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus-consulti, placuit,

7. Les stipulations auxquelles donnait lieu le sénatus-consulte Pégasien avaient déplu même aux anciens; un homme d'un génie élevé, Papinien, *les qualifie même de captieuses* dans plusieurs cas. Quant à nous, nous préférons dans les lois la simplicité à la complication; en conséquence, après avoir considéré tant les similitudes que

(1) GAI. 2. § 257. — Modestinus cependant paraissait être d'avis que, dans ce cas, l'héritier faisant volontairement restitution de la totalité de l'hérédité, il fallait appliquer le sén.-cons. TRÉBELLIEN, et transférer les actions pour ou contre le fidéicommissaire. Mais il ne considérait pas lui-même cet avis comme bien sûr, car il conseillait immédiatement un autre expédient (*suaserim tamen*... etc.) : celui de faire adition comme contraint par l'ordre du préteur (*jussu prætoris*), afin de se trouver dans la deuxième disposition du sén.-cons. PÉGASIEN. Dig. 36. 1. 45. f. Modest. — Paul. Sentent. 4. 3. § 2. — (2) GAI. 2. § 258.

exploso senatus-consulto Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus; ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest ex nostra auctoritate retinere, *vel repetere solutum*, quasi ex Trebelliano senatus-consulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competant. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatus-consulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones; et hoc transponimus ad senatus-consultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si ipso, nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

les différences de ces deux sénatus-consultes, nous avons abrogé le sénatus-consulte Pégasien, le plus récent, et attribué au sénatus-consulte Trébellien une autorité exclusive; de telle sorte que, soit que l'héritier ait, par la volonté du testateur, le quart, soit qu'il ait plus, ou moins, ou rien absolument, il restituera l'hérédité d'après le sénatus-consulte Trébellien; et, s'il n'a rien, ou s'il a moins du quart, il pourra retenir ou compléter ce quart, *ou même le répéter, s'il l'a payé;* les actions se divisant entre l'héritier et le fidéicommissaire, en proportion de la part de chacun, comme d'après le sénatus-consulte Trébellien. Mais s'il restitue volontairement toute l'hérédité, toutes les actions héréditaires passeront au fidéicommissaire et contre lui. Nous avons aussi transporté dans le sénatus-consulte Trébellien cette disposition, la principale du sénatus-consulte Pégasien, d'après laquelle, si l'héritier refuse de faire adition, il peut être contraint de restituer toute l'hérédité au fidéicommissaire qui le désire, toutes les actions passant alors à ce fidéicommissaire et contre lui. Ce sera par le sénatus-consulte Trébellien seul que cette contrainte sera imposée maintenant à l'héritier, si, sur son refus de faire adition, le fidéicommissaire désire que l'hérédité lui soit restituée, rien, ni charge, ni profit, n'en restant à l'héritier.

966. La disposition de Justinien revient, en somme, à avoir réuni les deux sénatus-consultes en un seul, en laissant subsister le nom du premier seulement. Ainsi, l'héritier aura le droit de retenir la quarte; et la transmission des actions au fidéicommissaire aura lieu dans tous les cas. D'après cette législation nouvelle, le fidéicommissaire est donc toujours considéré comme héritier (*loco heredis*) : sauf qu'il n'a pas de quarte à retenir (ci-après, n° 969).

Captiosas eas homo excelsi ingenii, Papinianus, appellat. Captieuses, parce qu'elles faisaient courir aux deux parties les chances réciproques de leur insolvabilité (n° 904) (1).

Vel repetere solutum. C'est ce que décide sans distinction Justinien; sous le sénatus-consulte PÉGASIEN, l'héritier qui avait restitué l'hérédité tout entière, sans retenir le quart, était difficilement admis à le répéter (2); on supposait volontiers l'intention d'exécuter complétement les volontés du défunt.

VIII. Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam

8. Peu importe qu'il s'agisse d'un héritier institué pour le tout, chargé de

(1) Aucun fragment de Papinien contenant cette qualification ne nous est resté. — (2) Comp. PAUL. Sent. 4. 3. § 4, et Marcien. D. 12. § 39. *De cond. indeb.*

hereditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partis partem restituere rogatur : nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

IX. Si quis una *aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet,* veluti fundo vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatus-consulto restitutio fiat, perinde ac *si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere.* Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta sive præcepta aliqua re vel pecunia restituitur hereditas, in solidum ex eo senatus-consulto actiones transferuntur; et res quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, id est cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium; pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam, licet una re aliqua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, et si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed et si certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus et ad eum qui ex parte heres scriptus est.

restituer l'hérédité en tout ou en partie; ou d'un héritier institué pour une portion, chargé de restituer cette portion en tout ou en partie : car, dans ce dernier cas, on appliquera ce que nous avons dit sur la restitution de toute l'hérédité.

9. Si l'héritier a été chargé de remettre toute l'hérédité, *en retenant ou prélevant un objet qui équivaut à un quart de l'hérédité,* tel qu'un fonds, ou toute autre chose, la restitution se fera d'après le sénatus-consulte Trébellien, *comme s'il avait été prié de restituer l'hérédité en s'en réservant le quart.* Mais il y a cette différence dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque l'héritier est autorisé à déduire ou à prélever un objet ou une somme déterminés, que toutes les actions passent au fidéicommissaire et contre lui, en vertu du sénatus-consulte; et que la chose reste à l'héritier libre de toute dette comme si elle lui était acquise par legs. Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire lorsque l'héritier est autorisé à retenir un quart de l'hérédité qu'il est prié de restituer, les actions se divisent : les trois quarts passent au fidéicommissaire; l'autre quart reste à l'héritier. Bien plus, quand même l'objet que l'héritier institué est autorisé par le testateur à déduire ou à prélever formerait la plus grande partie de l'hérédité, les actions héréditaires passeraient toutes au fidéicommissaire et contre lui, c'est à lui à voir s'il est de son intérêt d'accepter la restitution. Tout cela s'applique également, soit que la déduction que l'héritier est autorisé à faire porte sur deux ou plusieurs choses déterminées; soit qu'elle porte sur une somme d'argent équivalente au quart ou à la plus grande partie de l'hérédité; soit enfin qu'il s'agisse d'un héritier institué seulement pour partie.

967. *Aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet... — Quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere.* La question examinée et résolue dans ce paragraphe appartient à l'époque où les deux sénatus-consultes n'étaient pas encore confondus en un seul; elle avait alors beaucoup plus d'importance : cependant elle n'a pas perdu tout intérêt sous Justinien. On suppose que c'est le testateur lui-même qui a prié l'héritier de retenir la quarte, ou un objet équivalent à la quarte, et de restituer le restant de l'hérédité; là-dessus, voilà ce qu'on se demandait sous l'ancien droit : Faudra-t-il appliquer le sénatus-consulte TRÉBELLIEN, d'après lequel les actions passent au fidéi-

commissaire, ou le sénatus-consulte PÉGASIEN, d'après lequel elles restent toutes à l'héritier? Et l'on répondait : Le sénatus-consulte TRÉBELLIEN. En effet, retenir la quarte par la volonté et sur l'indication du testateur lui-même, ce n'est pas la même chose que la retenir en vertu du sénatus-consulte PÉGASIEN. Dans le premier cas, le testateur, en réalité, n'a pas chargé l'héritier de restituer plus des trois quarts, on n'a aucun besoin d'invoquer le second sénatus-consulte, on reste donc sous l'empire du premier : les actions seront transférées au fidéicommissaire. Cette première partie de la question n'existe plus sous Justinien.

Mais voici une seconde partie, celle qui a conservé son intérêt : Lorsque c'est un objet déterminé, équivalent à la quarte, que retient l'héritier, les actions doivent-elles passer au fidéicommissaire pour les trois quarts seulement ou pour la totalité? On répond : Pour la totalité. En effet, l'héritier autorisé à retenir des objets déterminés est en réalité, par rapport à ces objets, un légataire particulier non soumis aux dettes. Il est donc important, dit Marcien, de distinguer s'il fait la retenue à titre héréditaire ou sur des objets particuliers : « Multum interest, utrum qua (*quarta*) pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. Nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium : posteriore autem apud fideicommissarium sunt actiones (1). »

Si les objets particuliers que l'héritier avait été autorisé à retenir ne valaient pas le quart, la question, sous l'ancien droit, changeait totalement de face. Le testateur avait réellement dépassé, dans son fidéicommis, les trois quarts de l'hérédité; on tombait donc dans le cas du sénatus-consulte PÉGASIEN : les actions restaient toutes à l'héritier. Mais, sous la législation de Justinien, d'après laquelle les actions se divisent toujours, que les objets particuliers équivalent à la quarte ou y soient inférieurs, la décision reste soumise aux mêmes principes : l'héritier ne participe aux actions que pour la part qu'il prend à titre héréditaire pour compléter sa quarte (2).

X. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam alicui restituat : cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

10. On peut aussi, en cas de mort sans testament, prier celui à qui les biens doivent revenir d'après le droit civil ou prétorien de restituer à un autre soit l'hérédité en tout ou en partie, soit un objet déterminé, tel qu'un fonds, un esclave, une somme d'argent. Tandis qu'il ne peut y avoir de legs que s'il y a un testament.

968. Les fidéicommis ont pour véritable et première origine la nécessité de prier, de se confier à la bonne foi, là où l'on ne

(1) DIG. 36. 1. 30. § 3. f. Marcian. — (2) DIG. 36. 1. 1. § 16. f. Ulp. (probablement interpolé), Cod. 6. 50. 11. const. Gordian.

pouvait ordonner. A l'égard des héritiers *ab intestat*, il n'existait même que ce seul recours; car ces héritiers ne tenant pas leur titre du défunt, le défunt n'avait rien à leur enjoindre. Nul doute, par conséquent, que les fidéicommis, à l'époque même où ils n'étaient pas encore obligatoires, n'intervinssent dans les successions *ab intestat*, comme dans les hérédités testamentaires. Lorsqu'un lien de droit commença, sous Auguste, à être attaché à ces prières, on ne distingua pas si elles étaient adressées à l'un ou à l'autre de ces héritiers, et nous voyons positivement qu'on peut laisser des codicilles, soit *testat*, soit *ab intestat* (1). — Mais les sénatus-consultes TRÉBELLIEN et PÉGASIEN devaient-ils s'appliquer ou non au fidéicommis, dans le cas d'hérédité *ab intestat?* La question fut débattue entre les jurisconsultes, parce que le texte du sénatus-consulte TRÉBELLIEN supposait positivement le cas de testament (*in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*) (2); elle l'était encore par Julien, au temps de l'empereur Adrien (3); mais le jurisconsulte Paul nous apprend qu'Antonin le Pieux étendit l'application de ce sénatus-consulte aux fidéicommis *ab intestat* (4).

XI. Eum quoque cui aliquid restituitur potest rogare ut id rursum alii, aut totum aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.	**11.** Celui à qui une chose est restituée peut être prié de restituer à son tour à un autre, soit cette chose en tout ou en partie, soit même un objet différent.

969. Mais le fidéicommissaire chargé de restituer à son tour à un autre n'a pas le droit de retenir une nouvelle quarte. La Falcidie avait pour but d'assurer au défunt un héritier et non un fidéicommissaire qui n'était en rien nécessaire. Voilà une grande différence qui continue, sous Justinien, entre l'institution et le fidéicommis d'hérédité. Toutefois, si l'héritier n'avait fait adition que *jussu prætoris*, en restituant toute l'hérédité au fidéicommissaire, celui-ci pourrait, en son lieu et place, retenir la Falcidie (5).

XII. Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit; nuper et nos eundem principem superare contendentes, ex facto quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus per quam disposuimus : si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem vel	**12.** Dans l'origine, les fidéicommis dépendaient de la foi des héritiers, c'était même de là qu'ils avaient pris leur nom et leur caractère; mais Auguste les rendit obligatoires : quant à nous, cherchant à surpasser en cela l'empereur Auguste, nous avons, à l'occasion d'un fait dont nous a rendu compte Tribonien, homme éminent, questeur de notre sacré palais, établi par une constitution ce qui suit : Si un testateur a commis à la foi de son

(1) GAI. 2. § 270. — Ulp. Reg. 25. § 11. — DIG. 29. 7. 16. f. Paul. — Inst. 2. 25. § 1. — (2) DIG. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. rapportant les termes du sénatus-consulte. — (3) DIG. 36. 16. § 1. f. Ulp., qui nous indique bien le motif du doute : « Meminisse autem oportebit, de herede instituto senatum loqui; ideoque tractatum est apud Julianum... », etc. — (4) DIG. 35. 2. 18. f. Paul. — (5) DIG. 36. 1. 63. § 11. f. Gai.

speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit; tunc sive pater heredis sive alius quicunque sit qui fidem heredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse *de calumnia juravit,* necesse eum habere vel jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus etsi a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is a quo relictum dicitur, postquam negaverit, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.

héritier la restitution d'une hérédité ou d'un objet particulier, et que ce fait ne puisse être prouvé ni par écrit ni par cinq témoins, nombre exigé pour les fidéicommis; mais que l'acte ait eu lieu sans témoins ou devant moins de cinq : alors, sans distinguer si c'est le père de l'héritier ou tout autre qui s'est ainsi fié à l'héritier et qui l'a prié de restituer, si cet héritier se refuse perfidement à la restitution, niant qu'il en ait été chargé, le fidéicommissaire pourra, après avoir *juré lui-même de sa bonne foi,* lui déférer le serment, et il faudra qu'il jure n'avoir eu connaissance de rien de pareil de la part du testateur, ou qu'il restitue l'objet du fidéicommis. Ainsi, la dernière volonté du mourant, commise à la foi de l'héritier, ne périra pas. La même règle sera observée à l'égard du légataire ou du fidéicommissaire chargés de quelque restitution. Si celui contre lequel on invoque une pareille charge, après avoir nié d'abord, avoue ensuite le fait, mais se retranche dans les subtilités du droit, il n'en sera pas moins forcé de payer.

970. L'institution d'héritier reçoit son existence non-seulement de la volonté du testateur, mais encore de la forme; ce serait donc inutilement qu'on prouverait cette volonté : si la forme n'existe pas, il n'y a pas d'institution. Il en était de même, avant Justinien, à l'égard des legs. Mais à l'égard des fidéicommis, la volonté seule du défunt les constitue; les formalités exigées ne le sont que pour la preuve; si ces formalités manquent, la preuve pourra être faite par serment. Les legs sont traités de même sous Justinien, mais non les institutions. Reste donc toujours, entre elles et les fidéicommis d'hérédité, cette différence de forme. (App. 6, liv. 2.)

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non possit.

TITRE XXIV.

DES OBJETS PARTICULIERS LAISSÉS PAR FIDÉICOMMIS.

On peut aussi laisser par fidéicommis des objets particuliers, tels qu'un fonds, un esclave, un habit, de l'or, de l'argent, des espèces monnayées; et prier de telles restitutions soit l'héritier lui-même, soit un légataire, quoiqu'on ne puisse mettre aucun legs à la charge d'un légataire.

1. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, *aut cujuslibet alterius.* Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam

1. Le testateur peut laisser par fidéicommis non-seulement ses propres choses, mais encore celles de l'héritier, d'un légataire, d'un fidéicommissaire *ou de tout autre;* ainsi on peut prier un légataire ou un fidéicommissaire non-seule-

alicui restituat quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere *quam ipse ex testamento ceperit;* nam quod amplius est inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere et præstare, *aut æstimationem ejus solvere.*

ment de restituer ce qui lui a été laissé, mais encore une autre chose, même la chose d'autrui; seulement nul ne doit être prié de restituer *plus qu'il n'a reçu,* le fidéicommis serait nul pour l'excédant. Lorsque c'est la chose d'autrui qui a été laissée par fidéicommis, le fidéicommissaire est tenu de l'acheter et de la fournir, *ou d'en payer l'estimation.*

971. *Aut cujuslibet alterius.* Le fidéicommis avait, sous le rapport des objets qu'il pouvait comprendre, la même latitude que le legs *per damnationem* (1).

Ne plus quam ipse ex testamento ceperit. Cette règle était un principe général commun également à l'héritier à l'égard des legs dont il pouvait être chargé : « Neminem oportere plus legati nomine præstare quam ad eum ex hereditate pervenit (2). » — Toutefois, elle ne reçoit son application que si la comparaison s'établit entre deux quantités (*si quantitas cum quantitate conferatur*). Ainsi, par exemple, si le légataire ou le fidéicommissaire qui a reçu une somme d'argent a été chargé de donner à un autre telle maison ou d'affranchir tel esclave appartenant à autrui, et qu'on exige de cette maison ou de cet esclave un prix supérieur à la somme qu'il a reçue, il ne sera pas obligé de les acheter. Mais s'il s'agit, au contraire, d'une maison ou d'un esclave qui lui appartiennent, il devra obéir au fidéicommis, sans pouvoir alléguer que leur valeur est au-dessus de ce qu'il a reçu; car, du moment qu'il a accepté le legs, il est censé avoir fait lui-même la comparaison et s'être soumis à la charge qui lui était imposée (3).

Aut æstimationem ejus solvere. Quelques jurisconsultes pensaient, du temps de Gaius, qu'il n'en était pas à cet égard du fidéicommis comme du legs; selon eux, si le propriétaire de la chose refusait de la vendre, le fidéicommis s'éteignait sans que celui qui en avait été chargé fût obligé de donner l'estimation de cette chose. Il ne peut plus être question de cette opinion sous Justinien (4).

II. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, *si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem*

2. On peut aussi donner la liberté par fidéicommis à un esclave, en priant l'héritier, un légataire ou un fidéicommissaire d'affranchir. Et peu importe que cet esclave soit au testateur, à l'héritier, au légataire ou à autrui; s'il est à autrui, on devra l'acheter et l'affranchir. Si le propriétaire se refuse à le vendre (*en supposant toutefois qu'il n'ait rien reçu des dernières dispositions du dé-*

(1) Ulp. Reg. 25. §. 5. — (2) Dig. 36. 1. 1. § 17. f. Ulp. — 40. 5. 24. § 13. f. Ulp. — (3) Dig. 31. 2°. 70. § 1. f. Papin. — 40. 5. 24. §§ 12 et suiv. f. Ulp. — (4) Gai. 2. § 262.

recepit : non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur; quia possit tempore procedente, ubicunque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directe testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam *orcinus* appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Directa autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

funt), le fidéicommis de la liberté *n'est pas éteint, mais seulement différé;* car le temps peut fournir l'occasion d'acheter l'esclave et de l'affranchir. L'esclave affranchi en vertu d'un fidéicommis devient l'affranchi non du testateur, mais de celui qui a fait la manumission; au contraire, libéré directement par testament, il est l'affranchi du testateur, et se nomme *orcinus*. Celui-là seul peut être affranchi directement par testament qui se trouvait sous la puissance du testateur à l'époque de la confection du testament et à celle de la mort. La liberté est donnée directement lorsque le testateur ne charge personne d'affranchir l'esclave, mais qu'il veut que la liberté lui soit acquise par l'effet même du testament.

972. Voilà un cas où, malgré l'assimilation faite par Justinien entre les legs et les fidéicommis, la distinction continue de subsister : les conditions et les effets étant différents entre le cas de l'affranchissement direct et celui de l'affranchissement par fidéicommis. Nous avons déjà (n° 59) exposé cette matière, à laquelle le Digeste consacre un titre spécial (1).

Si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, recepit : Parce qu'en acceptant ce qui lui aurait été laissé, il aurait contracté l'obligation de ne pas mettre obstacle à l'accomplissement des volontés du défunt (2).

Non statim extinguitur fideicommissaria libertas sed differtur. Cette décision est tirée, en termes à peu près identiques, d'un rescrit de l'empereur Alexandre, inséré dans le Code de Justinien (3). Celui qui est chargé du fidéicommis d'affranchissement ne peut pas donner à l'esclave son estimation, à défaut de la liberté. Aucune compensation pécuniaire n'est possible pour lui : il faudra donc se contenter d'attendre une meilleure occasion pour l'acheter et l'affranchir. Nous voyons, par les fragments d'Ulpien et par les Instituts de Gaius, que l'opinion de ces jurisconsultes, antérieure, du reste, au rescrit d'Alexandre, était que le fidéicommis de la liberté s'éteignait par le refus que faisait le maître de vendre son esclave à un prix équitable (4). Mais Justinien n'a donné place nulle part, dans ses recueils, à cette opinion; et loin de suivre ici les Instituts de Gaius, il y a substitué le rescrit d'Alexandre.

Orcinus : de *Orcus*, l'enfer, le lieu où se rendent les morts.

(1) SOURCES. GAI. 2. §§ 263 et suiv. — ULP. Reg. 2. §§ 7 et suiv., et 25. § 18. — PAUL. Sent. 4. 13. *De fideicommissis libertatibus.* — DIG. 40. 5. *De fideicommissariis libertatibus.* — COD. 7. 4. *De fideicommissariis libertatibus.* — (2) COD. 7. 4. 6. Const. Alex. — (3) *Ib.* — (4) ULP. Reg. 2. § 11. — GAI. 2. § 265.

Si le testateur a affranchi directement un esclave qui ne peut être affranchi que par fidéicommis, la disposition, nulle comme affranchissement direct, vaudra comme fidéicommis.

III. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur : PETO, ROGO, VOLO (MANDO), FIDEI TUÆ COMMITTO. Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

3. Les termes les plus usités pour les fidéicommis sont ceux-ci : JE DEMANDE, JE PRIE, JE VEUX (JE DONNE MANDAT), JE COMMETS A TA FOI. Expressions dont chacune séparément vaut autant que toutes réunies.

Recourir, sur ces diverses expressions, à ce que nous en avons déjà dit n° 846.

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa præstabant; et filia Lentuli legata quæ jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse an posset hoc recepi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

TITRE XXV.

DES CODICILLES (1).

Avant Auguste, le droit des codicilles n'était pas en usage : ce fut Lucius Lentulus (2), le même qui donna naissance aux fidéicommis, qui introduisit le premier les codicilles. En effet, étant près de mourir en Afrique, il écrivit des codicilles, que son testament confirmait, dans lesquels il priait Auguste, par fidéicommis, de faire quelque chose. Auguste remplit ses désirs, et ensuite les autres, l'imitant, exécutèrent aussi les fidéicommis, et la fille de Lentulus acquitta des legs qu'elle ne devait pas d'après la rigueur du droit. On dit qu'Auguste convoqua des hommes éclairés, parmi lesquels Trébatius, qui jouissait alors d'une grande autorité; qu'il leur demanda si l'on pouvait accueillir cette innovation; si l'usage des codicilles n'était pas en désharmonie avec les principes du droit; et que Trébatius conseilla à Auguste de l'admettre, comme très-utile et nécessaire aux citoyens, à cause des grandes et longues pérégrinations qui avaient lieu alors, pendant lesquelles, s'il y avait impossibilité de faire un testament, on pourrait faire au moins des codicilles. Dans la suite, Labéon lui-même ayant fait des codicilles, personne dès lors ne douta plus qu'ils ne fussent parfaitement admis en droit.

973. Il y a entre *codex* et *codicillus* la même relation qu'entre table et tablette : l'un n'est que le diminutif de l'autre. Nous

(1) SOURCES. Avant Justinien. GAI. 2. §§ 270 et 273. — ULP. Reg. 25. § 11. — PAUL. Sent. 3. 6. § 92. et 4. 1. § 10. — COD. Hermogen. tit. *De donationibus*, f. 3. — COD. Théod. 4. 4. *De testamentis et codicillis*. — Sous Justinien : DIG. 29. 7. *De jure codicillorum*. — COD. 6. 36. *De codicillis*. — — Après Justinien : BASILIQUES, liv. 36. Περὶ κωδικέλλου (*Des codicilles*). — (2) Lucius Cornelius Lentulus, qui fut consul l'an de Rome 751.

voyons par Cicéron et par Sénèque (1) qu'on désignait sous le nom de *codicilli* des tablettes ou petites tables destinées à un usage de chaque jour, comme à recueillir des annotations, à écrire à des amis, à des voisins ; tandis qu'on réservait pour des actes plus importants les tables (*tabulæ, lignum, codex, chartæ*) offrant ou plus d'espace ou plus de solennité, ou garantissant une plus longue durée. Au premier rang de ces actes plus graves étaient, certes, les testaments.

On comprend par là comment le citoyen, en dehors de son testament, pour éviter de le refaire, ou dans l'impossibilité de remplir les solennités d'un pareil acte, adressait à celui qui devait être son héritier ou son légataire ces tablettes sans forme publique, ces codicilles, sorte de correspondance privée, pour les prier de telle ou telle disposition qu'il désirait qu'on fît après sa mort. De là, de même qu'on nommait simplement *tabulæ, lignum, codex,* le testament, vint l'usage de nommer *codicilli* ces actes accessoires confiant à la foi de l'héritier ou du légataire quelque volonté du testateur.

974. Les codicilles se lient intimement aux fidéicommis ; ce sont deux idées corrélatives : l'un est la disposition, et l'autre l'acte qui la contient. Remarquez en effet que, dans l'usage primitif des codicilles, toute disposition ainsi faite ne pouvait être qu'un fidéicommis, puisque le droit civil ne reconnaissait aucune autre forme, soit pour les institutions d'héritier, soit pour les legs, que celle du testament. Aussi voyons-nous que les codicilles, adressés le plus souvent en forme de lettres, sont nommés quelque part *epistola fideicommissaria* (2). Et c'est à la même époque, sous Auguste, que l'emploi des codicilles, depuis longtemps en usage, est approuvé, en même temps que les fidéicommis reçoivent une sanction de l'autorité publique. Le texte nous fait connaître suffisamment l'historique de cette approbation.

975. L'introduction des codicilles fut de la plus grande utilité, on peut dire même qu'elle était d'une nécessité indispensable dans une législation telle que la législation romaine. En effet, d'après ce principe qu'il ne peut exister pour le même citoyen qu'un seul testament, une fois le testament fait il y a impossibilité pour le testateur d'y ajouter aucune disposition nouvelle. Voulût-il laisser la liberté à un esclave, reconnaître tel service qui lui a été rendu depuis, donner quelques sous d'or, peu importe : si minime que fût la disposition, il fallait refaire le testament, et cela à chaque fois. Les codicilles vinrent fournir le moyen de satisfaire à ces dispositions accessoires avec moins de formalités, et sans toucher au testament, ou même sans en faire. C'est là le trait saillant de cette institution.

---

(1) Cicer. Ep. ad Famil. IV. 12, et VI. 18. — Sénèq. Ep. 55. *in fin.* — (2) Dig. 32. 3°. 37. § 3; et 31. 2°. 89. pr. f. Scævol.

976. Les codicilles peuvent ou être faits *ab intestat*, ou se rattacher à un testament (1).

Dans le premier cas, les codicilles existent par eux-mêmes, ils n'ont d'autres causes de validité ou de nullité que celles qui peuvent se rencontrer en eux-mêmes (*nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent*) (2). Du reste, ils ne contiennent jamais que des fidéicommis; car selon le droit civil, on n'a rien à enjoindre aux héritiers *ab intestat*, on ne peut mettre aucun legs à leur charge (3). Mais ces fidéicommis peuvent embrasser soit l'hérédité tout entière ou une quote-part (p. 654, § 10), soit des objets particuliers (4).

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il existe un testament antérieur ou postérieur, les codicilles se rattachent à ce testament comme en étant l'accessoire. Ils sont censés en faire partie, à un tel point que tout ce qu'ils contiennent est censé écrit dans le testament (*ut quæcumque in his scriberentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*), et qu'en conséquence c'est l'époque de la confection du testament qu'il faut considérer même pour apprécier leurs dispositions (5). Ils suivent le sort de ce testament, subsistent ou sont infirmés avec lui (*jus sequuntur ejus, vires ex eo capiunt*) (6). — Quant à la nature des dispositions qu'ils peuvent contenir, il faut distinguer s'ils sont ou s'ils ne sont pas confirmés par le testament.

1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed ante testamentum factum codicilli cum facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere quam *si speciali postea voluntate confirmentur*. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum præcedunt, *posse fideicommissum peti*, si apparet eum qui postea testamentum fecit, a voluntate quam codicillis expresserat, *non recessisse*.

1. On peut non-seulement faire des codicilles ayant fait son testament, mais on peut aussi, mourant intestat, laisser des fidéicommis par codicilles. Quant aux codicilles faits avant le testament, Papinien dit qu'ils ne sont valables que *s'ils ont été ensuite spécialement confirmés*. Mais les divins Sévère et Antonin ont décidé par rescrit qu'on pourra, en vertu de ces codicilles antérieurs au testament, *demander les fidéicommis*, s'il paraît que celui qui a fait un testament postérieur *ne s'est pas départi* des volontés exprimées dans les codicilles.

977. *Si speciali postea voluntate confirmentur.* Les codicilles peuvent être confirmés ou *in futurum* ou *in præteritum* (7). *In futurum*, lorsque le testateur, dans le testament même, exprime

(1) Dig. 29. 7. 8. pr. f. Paul. — (2) *Ib.* 16. f. Paul. *in fin.* — (3) C'est pour ce que nous lisons dans un fragment du Code Hermogénien, tiré de la *Consultatio veter. Juriscons.*, cette constitution des empereurs Dioclétien et Maximien : « Codicillis autem, sine testamento, legatum nec adimi nec dari potest. » — Gai. 2. § 270. — (4) Ulp. Reg. 25. § 11. — Dig. 29. 7. 3. pr. f. Julian.; et 8. § 1. f. Paul. — (5) Dig. 29. 7. 2. § 2. f. Julian.; et 14. f. Scævol. Nous voyons par ce fragment que ce principe avait été l'objet de controverses entre les Sabiniens et les Proculéiens. — (6) *Ib.* 3. § 2. f. Julian. — 16. f. Paul. — (7) Dig. 29. 7. 8. pr. f. Paul.

la volonté qu'on observe les codicilles qu'il pourrait écrire par la suite; *in præteritum,* lorsque, dans son testament, il confirme les codicilles faits auparavant. Sa confirmation pourrait s'étendre à la fois et aux uns et aux autres; telle serait, selon la décision de Celse, celle qui serait conçue en ces termes : « *Si quid tabulis aliove genere ad hoc testamentum pertinens reliquero, ita valere volo* (1). » — Les codicilles confirmés peuvent contenir non-seulement des fidéicommis, comme dans leur première origine et avant leur approbation publique, mais même des legs, des révocations de legs, des affranchissements directs, des dations de tuteurs (2). Quant aux codicilles non confirmés, leurs dispositions ne valent que comme fidéicommis (3). Papinien pensait même que, s'ils étaient antérieurs au testament, la confection de ce testament sans confirmation les avait annulés. Mais nous voyons par le texte qu'un rescrit des empereurs Sévère et Antonin en a décidé autrement. Toutefois il sera nécessaire que des indices quelconques révèlent que le testateur a persisté dans sa volonté et que son intention, en faisant son testament, n'a pas été de les anéantir (*si voluntas eorum quocunque indicio retineatur*) (4). — Du reste, sous Justinien, il n'y a plus d'intérêt, sauf les cas d'affranchissement et de dation de tuteur, à rechercher si la disposition vaut comme legs ou comme fidéicommis, puisque, à part les fidéicommis d'hérédité le droit est le même.

II. Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere neque substituere directo potest.

2. Du reste, on ne peut, par codicilles, ni donner, ni ôter l'hérédité; c'eût été confondre le droit du testament avec celui des codicilles, ni par conséquent y exhéréder. Toutefois, c'est directement que l'hérédité ne peut être ni donnée ni révoquée dans des codicilles; car par fidéicommis, elle peut valablement y être laissée. On ne peut pas davantage, par codicilles, ajouter une condition à l'institution d'héritier, ni faire directement une substitution.

978. L'institution d'héritier, la désignation de celui qui prendra en soi la personne juridique du défunt et la continuera, ne peut jamais être faite que par testament. De même pour la révocation de cette institution; pour la condition qu'on voudrait y ajouter, ce qui comprendrait à la fois révocation pour un cas, institution pour l'autre; et enfin pour la substitution, qui n'est autre chose qu'une sorte d'institution. Mais le fidéicommis d'hérédité, totale ou partielle, pourra avoir lieu par codicilles (5): ce sont des différences de forme qui se maintiennent; à part cela et

(1) *Ib.* 18. f. Cels. — DIG. 40. 5. 56. f. Marcell. « *Si quos codicillos reliquero, valere volo.* » — (2) PAUL. Sent. 3. 6. § 92. — DIG. 40. 4. 43. f. Modestin. — 26. 2. 3. pr. f. Ulp. — (3) PAUL. Sent. 4. 1. § 10. — GAI. 2. § 273. — (4) DIG. 29. 7. 5. f. Papin. — (5) GAI. 2. § 273. — DIG. 29. 7. 2. § 4. f. Julian., et 6. pr. f. Marcian.

ce qui concerne la quarte, le fidéicommissaire est toujours *loco heredis*. Il ne reste plus que le spectre du droit civil.

III. Codicillos autem *etiam plures* quis facere potest, et *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*.

3. On peut faire *même plusieurs codicilles;* et ces actes ne réclament *aucune solennité de forme*.

979. *Etiam plures :* Car les codicilles ne contiennent que des legs et des fidéicommis; or le nombre des legs et des fidéicommis qu'on peut faire n'est pas limité; l'un ne détruit pas l'autre, à moins que le testateur ne l'ait voulu. Chaque codicille ne révoque donc dans les précédents que ce que le testateur a déclaré expressément vouloir révoquer, ou ce qui est inconciliable avec les dispositions nouvelles (1). Tandis que le testament contient l'institution d'héritier; or, cette institution embrasse forcément toute l'hérédité : il ne peut y en avoir deux; l'un détruit toujours l'autre.

980. *Nullam solemnitatem ordinationis desiderant.* Les codicilles, dans leur origine, n'étaient soumis à aucune forme quelconque. C'étaient des tablettes, des correspondances privées. Plus tard, ces actes furent régularisés. Nous trouvons dans le Code Théodosien une constitution des empereurs Constantin et Constant (an 326 de J. C.) qui exige l'intervention de sept ou de cinq témoins pour les codicilles qui ne sont pas précédés par un testament (2). Justinien enfin exige que, pour toute expression de dernière volonté, excepté pour le testament, il intervienne cinq témoins. Du reste, la volonté peut être déclarée devant eux, soit par écrit, soit simplement par paroles (3). Et en somme, ces formes ne sont pas des solennités, elles ne donnent pas elles-mêmes l'existence à l'acte, elles ne sont exigées que pour la preuve, puisque, si elles manquent, nous avons vu qu'on peut déférer le serment (n° 970).

981. Si le testateur a voulu faire un testament, mais que l'acte soit nul comme tel, soit parce que les formalités n'ont pas été toutes remplies ou n'ont pas été achevées, soit parce que l'institution d'héritier, qui fait l'essence du testament, n'y est pas valable ou vient à défaillir, l'acte, nul comme testament, vaudra-t-il du moins comme codicille? Il ne sera valable comme tel que si le testateur l'a expressément ordonné. Par exemple, en ces termes rapportés par Paul : « *Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit* (4); » ou dans ceux-ci : « *Ea omnia fieri volo etiam jure ab intestato* (5); » « *volo hoc etiam vice codicillorum valere* (6); » « *pro codicillis etiam et valere;* »

(1) Cod. 6. 36. 3. const. Dioclet. et Maxim. — (2) « In codicillis, quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet... Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. » — Cod. Théod. 4. 4. 1. — (3) Cod. 6. 36. 8. § 3. Voir aussi Dig. 42. 1. 5. § 1. — (4) Dig. 28. 1. 29. f. Paul. — (5) Dig. 5. 2. 13. f. Scævol. — (6) Dig. 29. 1. 3. f. Ulp.

« *ut vice etiam codicillorum scriptura debeat obtinere* (1), » ou dans toute autre expression. Cette clause n'est jamais sous-entendue (2), si ce n'est dans les testaments militaires (3). Les commentateurs l'ont nommée clause codicillaire (*clausula codicillaris*), mais ce nom n'appartient pas au droit romain. — Il est bien entendu que si la nullité provient d'un défaut de capacité du testateur, elle frappe l'acte aussi bien comme testament que comme codicille (4).

De l'ouverture et de la conservation des testaments (5).

982. Le testament est un titre qui crée et qui modifie des droits si divers et si graves, que son ouverture, son examen, sa conservation importent à de nombreux intéressés, et sont considérés, en quelque sorte, par les Romains, comme une affaire publique. En effet, aucune transaction privée, aucune controverse judiciaire naissant du testament ne peut être conclue ou vidée sans l'inspection et la connaissance de ses termes (6). Aussi le préteur avait-il réglé cette matière par un édit (7); nous trouvons un titre au Digeste et un autre au Code de Justinien qui y sont consacrés; enfin Paul, dans ses Sentences, nous a transmis, à ce sujet, quelques détails curieux.

§ 1er. « A Rome, dit-il, l'ouverture du testament se fait avec l'assistance des témoins ou de la majeure partie des témoins qui y ont apposé leurs cachets; leurs sceaux reconnus, on rompt le fil, on lit le testament, et l'on en fait une copie (*describendi exempli potestas*); ensuite, il est scellé du sceau public et déposé dans les archives, afin que, si la copie vient à périr, il soit toujours possible d'en prendre de nouvelles. »

§ 2. « Les testaments faits dans les *municipes*, dans les colonies, dans les *oppida*, dans les préfectures, dans les *vici*, dans les *castella*, dans les conciliabules, doivent être lus au forum ou dans la basilique, en présence des témoins ou d'hommes honorables, entre la seconde et la dixième heure du jour; puis, une copie en ayant été prise, le testament sera de nouveau scellé par les magistrats en présence desquels l'ouverture en aura été faite. »

§ 3. « Le vœu de la loi est que le testament soit ouvert aussitôt après la mort du testateur; aussi, quoique les rescrits aient varié

(1) Cod. 6. 36. 8. pr., et § 1. const. Théod. — (2) Dig. 28. 6. 41. § 3. f. Papin. — 29. 7. 1. f. Ulp. — (3) Dig. 29. 1. 3. f. Ulp. — (4) Dig. 5. 2. 13. f. Scævol. — (5) Sources : Avant Justinien, Paul. Sent. 4. 6. *De vicesima*. — Cod. Théod. 4. 4. — Sous Justinien, Dig. 29. 3. *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur*; Cod. 6. 32. *Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur et describantur*. — Après Justinien, Basiliques, 36. 6. Περί διαθήκων, ποίῳ τρόπῳ ἀνοίγονται καὶ μεταγράφονται (*Des testaments, comment ils sont ouverts et transcrits*). — (6) Dig. 29. 3. 1. § 1. f. Gai. — (7) *Ib.* pr.

à cet égard, l'ouverture doit avoir lieu, si les personnes sont présentes, entre le troisième ou le cinquième jour de la mort; ou, si elles sont absentes, dans le même délai après le retour; il importe en effet que les héritiers, les légataires, les esclaves affranchis éprouvent le moins de retard possible (1). »

983. C'est l'office du préteur de contraindre ceux qui ont apposé leurs cachets à comparaître à la convocation, pour qu'ils aient à vérifier leurs sceaux, ou à nier avoir signé (2). La majeure partie d'entre eux suffit. Si tous sont absents, et que cependant il y ait urgence, le magistrat doit faire faire l'ouverture en présence d'hommes de la réputation la plus honorable; après que le testament a été reconnu et qu'il en a été pris copie, il est scellé par ceux qui ont assisté à l'ouverture et envoyé au lieu où se trouvent les témoins absents pour la vérification de leurs cachets : car on ne force pas le témoin absent à revenir pour l'ouverture, mais on envoie le testament au lieu où il se trouve (3).

S'il y a doute sur la mort du testateur, le préteur doit statuer en connaissance de cause, et ne pas permettre l'ouverture du testament, lorsque l'existence du testateur est vérifiée (4).

984. La disposition de l'édit est générale; c'est à tous ceux qui le désirent, tant en leur nom qu'au nom d'autrui, que le préteur promet la faculté d'examiner (*inspiciendi*) le testament, ou même d'en prendre copie (*describendi*) (5). Cependant, il est certaines dispositions qui ne sont pas ouvertes, ou dont il n'est pas permis de prendre connaissance ni copie : telles sont celles que le testateur a défendu d'ouvrir, si ce n'est à telle époque ou sous telle condition; telles sont les substitutions pupillaires, lorsqu'elles ont été scellées à part; ou les parties du testament qui tendent à jeter de l'ignominie sur quelqu'un; ni enfin l'indication du jour ni du consul, de peur de falsification (6).

985. Si celui qui a les tables du testament refuse de les produire, il y sera contraint; s'il nie les avoir, le préteur donnera contre lui un interdit spécial, *de tabulis exhibendis* (7). Quant à l'héritier qui prétend, en cette qualité, que les tables du testament sont à lui comme chose de l'hérédité, il a pour les revendiquer la *vindicatio;* ou, pour arriver à cette vindication, l'action *ad exhibendum,* qu'il ne faut pas confondre avec l'interdit qui précède (8).

986. La loi PAPIA POPPÆA, modifiant en cela, soit en plus, soit en moins, les chances de caducité, avait donné encore plus d'importance à cette solennité de l'ouverture du testament. — Ainsi,

(1) PAUL. Sent. 4. 6. — (2) DIG. 29. 3. 4. f. Ulp., et 5. f. Paul. — (3) DIG. 29. 3. 7. f. Gai. — (4) *Ib.* 2. § 4. f. Ulp. — (5) DIG. 29. 3. 8. f. Ulp. — (6) *Ib.* 2. § 6. f. Ulp. — COD. 6. 32. 3. const. Diocl. et Maxim. — (7) DIG. 29. 3. 2. § 8. f. Ulp. — DIG. 43. 5. notamment le fragment 1, qui contient les termes de cet interdit. — (8) DIG. 29. 3. 3. f. Gai. — 10. 4. 3. § 8. f. Ulp.

quant aux hérédités, elle avait défendu que l'adition pût en être faite avant l'ouverture des tables (*ante apertas tabulas*) (1). Il paraît toutefois qu'elle faisait exception à cet égard pour l'héritier *ex asse*, c'est-à-dire pour l'héritier de la totalité (2). En effet, la défaillance d'un pareil héritier n'aurait pas donné lieu à une caducité profitable; mais faisant tomber tout le testament, elle aurait ouvert simplement la succession *ab intestat*: ce qui n'entrait pas dans le but de la loi Papia. — Quant aux legs, elle avait reculé jusqu'à cette même ouverture des tables l'époque où *dies cedit* (3), ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus, n° 853. — Justinien, sur l'un et sur l'autre point, revient au droit primitif. L'héritier pourra faire adition même avant l'ouverture des tables, pourvu qu'il ait pleine connaissance de son droit (V. ci-dessus, n° 825); et le *dies cedens*, pour les legs, aura lieu comme par le passé, par conséquent à dater de la mort du testateur, s'il s'agit de dispositions pures et simples (4).

987. Une constitution de Théodose et de Valentinien avait encore donné un nouvel intérêt, bien remarquable, à cette ouverture des tables du testament, en statuant que, si des enfants institués par un ascendant ou une ascendante quelconque mouraient avant cette ouverture, ayant eu ou non connaissance de leur institution, ils transmettraient à leurs propres enfants leurs droits d'hérédité (5). C'est un point que nous verrons bientôt en traitant de cette transmission.

ACTIONS RELATIVES AUX LEGS ET AUX FIDÉICOMMIS.

988. Pour les legs, nous avons suffisamment expliqué comment, dans l'ancien droit romain, c'était la formule employée pour constituer le legs qui en déterminait la nature et les effets, et, par conséquent aussi, l'action conférée au légataire : l'action réelle, *rei vindicatio*, pour le legs *per vindicationem*; l'action personnelle, *condictio*, pour les legs *per damnationem* ou *sinendi modo*, et l'action *familiæ erciscundæ*, pour le legs *per præceptionem* (n°s 837 et suiv.).

989. Nous avons vu également que Justinien décide que les legs auront tous une seule et même nature, et que les légataires obtiendront tous, quels que soient les termes de la disposition, trois actions pour la poursuite de leurs droits :

1° L'action réelle (*rei vindicatio*), au moyen de laquelle ils peuvent vendiquer dans les mains de tout possesseur la chose qui leur

(1) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis*, 1. § 1. const. Justin. — (2) Dig. 22. 6. *De jur. et fact. ign.* 1. § 4. f. Paul. — (3) Ulp. Reg. 24. § 31. — Les chances de caducité étaient modifiées en plus ou en moins parce que, dans l'intervalle, des enfants pouvaient naître ou mourir, les célibataires se marier, les mariés devenir veufs. — (4) Cod. 6. 51. *De cad. toll.* 1. § 1. — (5) Cod. 6. 52. *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.*

a été léguée et dont la propriété leur a été transférée par l'effet du legs (1). Bien entendu que, malgré la généralité des termes de la constitution de Justinien, cette action aura lieu uniquement dans le cas où il aura été possible que la propriété ait été produite par le legs (n° 844). S'il s'agit d'un démembrement de la propriété, l'action réelle est alors l'*actio confessoria* (n° 508);

2° L'action personnelle, nommée *actio* ou *condictio ex testamento* (2), ou simplement *actio legati* (3), qui se donne contre l'héritier chargé du legs, pour en obtenir la prestation à laquelle il est personnellement obligé;

3° Enfin, l'action hypothécaire (*hypothecaria actio*), résultant du droit de gage ou d'hypothèque légale que Justinien accorde au légataire, pour garantie de son legs, sur les choses héréditaires (4). — D'après la constitution de Justinien, chaque héritier n'est tenu hypothécairement que dans la mesure de son obligation personnelle; mais cela n'est vrai que pendant l'indivision; après le partage, la part indivise n'est transmise à chaque cohéritier que frappée d'hypothèque : d'où obligation pour le tout.

990. Dans le cas particulier où la prestation du legs ne peut pas être exigée immédiatement, savoir si le legs est à terme ou sous condition, ou, en tout cas, s'il y a un empêchement à la délivrance immédiate, par exemple une contestation, le préteur, pour garantir, en attendant, au légataire, la conservation de ses droits, a introduit en sa faveur une faculté spéciale, le droit d'exiger une satisdation, c'est-à-dire une caution par fidéjusseurs, pour la conservation du legs (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*) (5); et, si cette caution n'est pas fournie, le légataire est envoyé en possession des biens du défunt (6).

991. L'héritier, de son côté, peut avoir en matière de legs divers droits à faire valoir, et il lui est ouvert pour cela divers moyens dont l'exposition détaillée nous entraînerait ici trop loin.

Ainsi, pour obtenir la quarte que lui attribue la loi Falcidie, il a l'exception *doli mali* contre l'action du légataire, à l'égard de tout ce dont le legs doit être réduit (7). Et si le legs se trouve déjà en la possession du légataire, l'héritier peut avoir, selon les cas, ou une *rei vindicatio*, ou une *actio ad exhibendum*, ou une *condictio indebiti*, ou une *actio in factum* (8).

992. Il est aussi un cas particulier qui mérite d'être remarqué, si le légataire, se faisant en quelque sorte droit à lui-même, s'était

(1) Cod. 6. 43. 1; et 3. § 2, const. Justinian. — (2) Dig. 30. 1°. 69. § 5. f. Gai., et 82. pr. f. Julian. — 32. 3°. 29. § 3. f. Labeo. — (3) Dig. 35. 2. 75. f. Marcell. — (4) Cod. 6. 43. 1. const. Justinian. — (5) Dig. 36. 3. *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*. — Cod. 6. 54. — (6) Dig. 36. 4. *Ut in possessionem, legatorum vel fideicommissorum servandorum causa, esse liceat*. — Cod. 6. 54. — (7) Dig. 35. 2. 16. f. Scævol. — (8) Dig. 35. 2. 26. f. Scævol. — 10. 4. 5. § 1. f. Ulp. — 35. 2. 1. § 11. f. Paul. — Cod. 6. 50. 1. const. Sever. et Ant. et 9. const. Gordian.

mis de sa propre autorité en possession du legs, le préteur donnait à l'héritier un interdit nommé vulgairement, nous dit Ulpien, l'interdit *quod legatorum*, et dont le but était de forcer le légataire à restitution (*ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi*) (1).

993. *A l'égard des fidéicommis*, les fidéicommissaires n'avaient autrefois, pour en poursuivre la délivrance, qu'un recours extraordinaire au consul ou au préteur spécialement chargé de cette matière, avec mission d'interposer son autorité et de faire observer les fidéicommis (2); mais, sous Justinien, s'il s'agit d'objets particuliers, le fidéicommissaire a les mêmes actions que le légataire; et, s'il s'agit d'hérédité fidéicommissaire, il a une sorte de pétition d'hérédité qui a été accommodée à son droit : *fideicommissaria hereditatis petitio* (3); et l'action utile en partage, *utilis familiæ erciscundæ* (4).



RÉSUMÉ DU LIVRE SECOND.

(TITRE XX A XXV.)

LEGS. — FIDÉICOMMIS. — CODICILLES.

Des legs. — Leur nature.

Le legs, dont l'étymologie est *legare, legem testamenti dicere*, est défini dans les Instituts : *une espèce de donation laissée par un défunt*. — Le mot donation (*dono datio*) ne doit pas être pris en ce sens que le legs opère toujours une *datio*, c'est-à-dire une translation de propriété, car il peut arriver qu'il ne confère que des droits de créance; mais il faut le prendre dans le sens général de libéralité : en effet la libéralité, le don, est un caractère essentiel, indispensable du legs.

Le legs est séparé profondément, en droit romain, de l'institution d'héritier. — L'institution a pour objet de faire passer la personne juridique du défunt sur l'institué. Le legs confère seulement des droits de propriété, de servitude ou autres droits réels, ou des droits d'obligation. — L'héritier est le continuateur de la personne; le légataire n'est qu'un acquéreur de biens ou de créance.

Un autre caractère essentiel du legs, dans le véritable droit romain, c'est que le legs est une loi (*lex, legatum*) imposée par le testateur à l'héritier institué. — Différant radicalement en cela des autres dispositions qui auraient pu être confiées par le défunt à la bonne foi soit de

(1) Dig. 43. 3. *Quod legatorum*, 1. f. Ulp. — Cod. 8. 3. *Quod legatorum*. — (2) Gai. 2. 278. — (3) Dig. 5. 6. — (4) Dig. 10. 2. 24. § 1. f. Ulp. et 40. f. Gai.

son successeur, soit d'une autre personne, sans faire loi pour ces personnes, et qu'on avait nommées, à cause de cela, fidéicommis (*fideicommissa*).

La matière des legs, traitée rigoureusement d'après ces principes dans le droit romain jusqu'à la République, après quelques adoucissements sous les empereurs, est complétement modifiée et dénaturée sous Justinien. — Les legs et les fidéicommis sont assimilés l'un à l'autre, fondus ensemble, et ce n'est que pour plus de clarté, ou par souvenir historique, que les deux matières sont encore exposées séparément dans les Instituts. — Il y a même des cas où le légataire obtient en partie et jusqu'à un certain point la continuation de la personne du défunt.

Comment le legs peut être fait.

Le legs ne pouvait être fait, jadis, que dans le cas d'hérédité testamentaire, par le testament même, et après l'institution; car il faut d'abord que le testateur ait créé un héritier avant de pouvoir lui imposer aucune loi. — D'après Auguste, il peut être fait par codicille se rattachant à un testament. — Sous Justinien, peu importe sa place, soit avant, soit après l'institution. Il peut même avoir lieu dans le cas d'hérédité *ab intestat,* quoiqu'il n'y ait aucun testament, puisque alors il vaut comme fidéicommis.

Les termes jadis étaient consacrés. Hors des formules juridiques du droit civil (*civilia verba*), la disposition n'eût pas été une loi pour l'héritier, c'est-à-dire un legs, et la différence des formules employées attribuait aux legs une nature, une étendue et des effets tout différents (*legata per vindicationem; per damnationem; sinendi modo; per præceptionem*). — Successivement modifiée par le S.-C. Néronien, par les constitutions de Constantin II, de Constance et de Constant, portant abolition des formules sacramentelles, cette distinction des legs est entièrement supprimée par Justinien : peu importent les expressions du testateur, les legs auront tous la même nature générale, et produiront les mêmes effets, du moins autant que le comportera la chose léguée.

Dies cedit, dies venit. — Et règle Catonienne.

Deux principes fondamentaux dominent la matière des legs, et exercent leur influence sur un grand nombre de questions concernant soit les personnes, soit les choses, soit les effets ou la validité des legs : il faut donc mettre leur exposition en tête de la matière.

Le premier de ces principes gît dans les règles sur les époques où *dies cedit*, *dies venit,* expressions figurées et générales, qui peuvent s'appliquer à toute acquisition de droits, et notamment aux obligations. — Ici, en matière de legs, la première, *dies cedit,* signifie que le droit éventuel au legs est fixé au profit du légataire et que l'échéance commence à s'avancer; la seconde, *dies venit*, qui ne se rencontre que rarement dans les textes employée pour les legs, mais dont la signification cependant est générale, indique que l'échéance, l'exigibilité est arrivée.

Le *dies cedens* a lieu, pour les legs purs et simples ou à terme certain, au jour du décès.

Cette règle avait été modifiée par la loi Papia Poppæa, qui avait reculé l'époque où *dies cedit* jusqu'à l'ouverture des tables du testament (*ex apertis tabulis*); mais Justinien revient au droit primitif.

Pour les legs conditionnels ou à terme équivalant à une condition, c'est-à-dire à terme incertain, le *dies cedens* a lieu à l'accomplissement de la condition.

Quant à l'exigibilité (*dies venit*), elle n'a lieu qu'après l'adition, et lorsqu'en outre le terme est arrivé, ou la condition accomplie, s'il y a un terme ou une condition.

C'est une erreur de croire que le *dies cedens* n'ait d'importance et d'effet qu'à l'égard de la transmissibilité du droit aux héritiers du légataire. Il en a :

1° Sur la détermination des personnes à qui le legs sera acquis ;

2° Sur les choses qui composent le legs ; car au *dies cedit,* le droit se fixe tant par rapport aux personnes que par rapport aux choses ;

3° Sur la transmission du droit : effet qui, toutefois, peut ne pas se rencontrer, si le legs a pour objet un droit non transmissible de sa nature ;

4° Enfin, dans quelques circonstances, sur la perte ou la conservation même du droit légué.

Il est certains cas particuliers dans lesquels la détermination du *dies cedit* s'écarte des règles générales, et demande une attention spéciale. Nous citerons : — 1° le legs fait à l'esclave du testateur ; — 2° les legs d'usufruit, d'usage, d'habitation ou autres droits exclusivement personnels.

Le second principe que nous plaçons en tête gît dans la *règle Catonienne,* ainsi nommée parce qu'elle fut définitivement formulée par Caton l'Ancien, ou peut-être par son fils.

Cette règle veut que tout legs qui aurait été nul si le testateur fût mort aussitôt après la confection du testament ne puisse valoir à quelque époque que le testateur soit véritablement mort, et quels qu'aient été les événements survenus depuis la confection jusqu'à cette mort ; — de sorte que, pour apprécier la validité d'un legs, il faut supposer le testateur mort immédiatement après la confection du testament, et voir si, dans cet état, le legs aurait été valable. — La règle Catonienne, par sa nature même, n'est applicable ni aux legs conditionnels, ni à tous ceux pour lesquels le *dies cedens* n'a pas lieu à la mort du testateur.

Elle n'est pas faite pour les nullités radicales, dérivant des règles générales du droit, ni pour les institutions d'héritier. Ces deux points sont soumis à des conséquences analogues, mais par d'autres principes et avec des différences importantes à noter.

Personnes figurant dans les legs : Par qui, — A la charge de qui, — Et à qui il peut être légué.

Le legs ne pouvait être fait que par celui qui avait faction de testament ; et même, jadis, que par celui qui testait, puisqu'il n'y avait pas de legs possible hors de l'hérédité testamentaire.

De même, jadis, il ne pouvait être fait qu'à la charge de l'héritier institué ; ainsi on ne pouvait léguer ni à la charge d'un légataire (*a legatario legari non potest*), ni à celle de l'héritier *ab intestat.* En effet, c'était à celui-là seul qu'il créait lui-même son héritier, c'est-à-dire le continuateur de sa personne, que le testateur pouvait imposer une loi (*legatum*).

Ces deux points sont complétement modifiés sous Justinien, puisque la disposition vaudra toujours et tout autant comme fidéicommis.

Enfin on ne peut léguer qu'à ceux avec qui on a faction de testament. Il faut donc se reporter à ce qui a déjà été dit sur ce sujet en parlant des institutions d'héritier, et aux innovations de Justinien, relatives aux personnes incertaines et aux postumes.

On ne peut léguer purement et simplement à l'esclave du maître institué; on le peut au maître de l'esclave institué; on le peut également, dans l'un et dans l'autre cas, s'il s'agit de legs conditionnels : la combinaison des principes sur le *dies cedit* avec ceux sur la règle Catonienne explique ces différences.

Objets des legs : choses qui peuvent être léguées.

Peuvent être léguées :

La chose du testateur, celle de l'héritier ou celle d'autrui, pourvu que le testateur ait su que la chose était à autrui. Bien entendu que, dans ce dernier cas, le legs confère, non pas la propriété, puisque le testateur ne l'avait pas lui-même, mais seulement un droit de créance, une action contre l'héritier pour qu'il ait à fournir la chose ou son estimation;

Les choses actuellement existantes, ou futures, pourvu qu'il y ait possibilité qu'elles existent dans l'avenir;

Les choses corporelles, ou incorporelles, ou des faits, des actes que l'héritier peut être condamné à faire, à souffrir ou à ne pas faire.

Parmi les legs de choses incorporelles, il faut remarquer : les legs d'usufruit, de servitude, de libération (*legatum liberationis*), de créance (*legatum nominis*). — Ces deux derniers sont dominés par cette règle, qu'en droit romain une obligation ne peut s'éteindre autrement que par les moyens juridiques de solution d'un pareil lien, et ne peut pas être transférée, même au gré des parties, d'une personne à une autre.

Le legs de libération n'opère donc pas l'extinction, ni le legs de créance le transfert de l'obligation. C'est au moyen d'exceptions ou d'actions contre l'héritier que le légataire arrive à obtenir le bénéfice que le testateur a voulu lui procurer.

Les choses léguées peuvent être ou déterminées dans leur individu même (*in specie*), ou déterminées seulement quant à leur genre (*in genere*). Sous ce dernier rapport, il faut bien distinguer ce que les Romains nomment le legs de genre (*legatum generis*) du legs d'option (*legatum optionis*), et remarquer les modifications importantes que Justinien apporte à ce dernier legs. — Elles peuvent être ou choses particulières (*res singularis*), ou choses d'agrégation, d'universalité (*universitas*), comme un troupeau, un pécule, un fonds garni de ses instruments (*si grex, si peculium, si fundus instructus vel cum instrumento legatur*). (Voir, sur ces divisions des choses, notre Généralisation, n[os] 139 et suiv., 143 et suiv.)

Enfin, le legs peut être même d'une quote-part de l'hérédité. Un pareil legs se nomme *partitio*, et le légataire *legatarius partiarius*. — Dans les principes du véritable droit romain, le légataire n'étant qu'un acquéreur de biens ou de créances, et jamais un continuateur de la personne juridique, il ne succédait, même dans ce cas, à aucune action ni active ni passive. L'héritier et le légataire partiaire ne parvenaient à régler leurs droits et à se faire raison respectivement qu'à l'aide de stipulations réciproques, nommées *stipulationes partis et pro parte*, sur

le gain ou la perte résultant des créances et des dettes héréditaires, à communiquer entre eux proportionnellement (*de lucro et damno pro rata parte communicando*). — Sous Justinien, un pareil legs se confond avec le fidéicommis d'hérédité, et les actions, actives ou passives, se divisent de plein droit entre l'héritier et le légataire partiaire. Le légataire a pour sa part, et jusqu'à un certain point, la continuation de la personne.

Ne peuvent être léguées : les choses qui ne sont pas dans le commerce; ni les faits illicites; ni la chose qui appartient déjà au légataire; d'où la conséquence qu'on ne peut lui léguer ce qui lui est déjà dû à titre de créance, à moins que le legs ne lui soit en quelque chose plus avantageux que la créance.

Perte, accroissements ou décroissements de la chose léguée.

Ce sont les principes sur le *dies cedit* qui éclairent et dominent toute cette matière; car les droits éventuels du légataire se fixent sur la chose, telle qu'elle se trouve au *dies cedit.*

Si la chose léguée périt du vivant du testateur, que ce soit par accident ou par le fait de qui que ce soit, le legs s'évanouit parce qu'il n'a plus d'objet. — Il ne subsiste pas même sur les débris ou accessoires de la chose; car la perte de l'objet principal emporte l'extinction du legs, même à l'égard des accessoires. Il n'en est pas de même s'il s'agit d'objets distincts ayant chacun leur individualité; l'homme, à cet égard, n'est jamais considéré comme l'accessoire d'un autre, ni l'enfant comme l'accessoire de sa mère, ni le vicaire comme celui de l'esclave ordinaire.

Si la chose périt après la mort du testateur, par la faute ou même par le simple fait de l'héritier, celui-ci doit indemnité au légataire. Si c'est sans son fait, la perte est toute pour le légataire. — Néanmoins si la perte est survenue après le *dies cedit,* les droits du légataire subsistent sur les débris ou accessoires.

S'agit-il d'une chose d'agrégation, d'universalité, par exemple d'un troupeau, d'un pécule, il faut la prendre telle qu'elle était au *dies cedit,* par conséquent les objets qui ont pu depuis y être ajoutés nouvellement n'y seront pas compris. A cet égard, distinguer entre le legs du pécule fait au propre esclave du testateur et celui fait à un étranger, parce que le *dies cedit* n'a pas lieu à la même époque pour les deux cas. — Bien entendu que l'accroissement survenu comme produit ou par suite même des choses de l'universalité y reste toujours compris.

Modalités des legs.

On entend par modalités d'un droit les modifications qui affectent son existence même, ou son étendue, ou son exécution, et qui constituent pour ce droit autant de divers modes, de diverses manières d'être. — La condition (*conditio*), le mode proprement dit (*modus*), c'est-à-dire la destination de la chose léguée indiquée au légataire et le terme (*dies*), sont autant de modalités des legs. — Remarquez, à l'égard de la condition, la caution Mucienne (*Muciana cautio*), qui s'applique aux legs comme aux hérédités; — A l'égard du mode (*modus*), les différences qui le séparent de la condition : car il ne suspend pas comme elle l'effet de la disposition; — Enfin, à l'égard du terme, cette règle, commune aux legs et aux hérédités : *Dies incertus conditionem in testamento facit.*

Le legs fait avec un pareil terme : « Après la mort, ou la veille de la mort de l'héritier ou du légataire, » était inutile; mais avec celui-ci : « Quand mon héritier ou quand le légataire mourra, » il était valable. Justinien supprime ces distinctions subtiles. La disposition sera également valable dans ces divers cas.

Le legs à titre de peine (*pœnæ nomine legatum*) est une sorte particulière de legs conditionnel : la condition est imposée, non pas au légataire à qui la libéralité est faite, mais à l'héritier, à celui qui devra acquitter la disposition, et qui en est grevé pour le cas où il n'obéirait pas à la condition. De sorte que c'est pour le punir de n'y avoir pas satisfait; c'est comme moyen coercitif que ce legs lui est imposé. Une pareille disposition était inutile autrefois. Justinien la déclare valable. Mais elle diffère toujours du legs conditionnel ordinaire, en ce qu'ici la condition impossible ou illicite n'est pas réputée non écrite, mais au contraire annule le legs.

Il faut bien distinguer des *modalités* ce qu'on nomme : 1° la *démonstration;* 2° la *détermination* ou limitation; 3° la *cause.* — Le but de la démonstration est de montrer, de mieux désigner soit la personne à qui on lègue, soit la chose léguée; appliquez ici cette règle : *Falsa demonstratio legatum non perimit.* — Le but de la détermination ou limitation est de marquer les termes, la limite dans lesquels la personne à qui le testateur a voulu léguer ou la chose qu'il a voulu léguer doivent être restreintes; hors de là, la volonté du testateur s'arrête. — Enfin, quant à l'indication de la *cause,* c'est-à-dire du motif qui a pu porter le testateur à léguer, il y a encore cette règle générale : *Neque ex falsa causa legatum infirmatur.*

Infirmation, révocation, translation des legs.

Le testament restant valable, il peut se faire que tel ou tel legs soit infirmé ou dès l'origine ou dans la suite. Cette matière, par rapport aux legs, a une grande analogie, quoique sous diverses nuances, avec la même matière par rapport aux testaments.

Cela posé, il peut arriver :

1° Que le legs soit nul dès le principe, parce qu'il manque, soit dans la personne du légataire, soit dans l'objet, soit dans la forme, soit ailleurs, de quelques-unes des conditions juridiques indispensables à sa validité. Il est alors *nullum ab initio, pro non scripto, inutile.*

2° Que le legs, quoique valable lors de la confection, s'évanouisse faute d'objet : par exemple si, avant le *dies cedit,* la chose léguée vient à périr, à être mise hors du commerce; si le testateur se fait payer la créance léguée.

3° Que le testateur change de volonté; et, en conséquence, qu'il révoque le legs (*adimere legatum — ademptio*), ou même qu'il le transporte à une autre personne (*transferre legatum — translatio*) : ce qui comprend à la fois révocation d'une part et nouveau legs de l'autre. La révocation (*ademptio*) peut non-seulement être expresse, mais encore résulter de certains faits : par exemple, si le testateur biffe, efface la disposition (*inducere quod scriptum est*), s'il aliène la chose léguée.

4° Que le légataire fasse défaut, manque à son legs (*deficere*). Défaillance qui peut avoir lieu, soit que le légataire meure ou perde la faction de testament avant le *dies cedit;* soit qu'il refuse le legs (*legatum destitutum*).

5° Enfin, que le legs, quoique valable dans le principe, et fixé au profit du légataire à l'époque où *dies cedit*, lui soit enlevé pour cause d'indignité (*ereptorium* ou *ereptitium; — quæ ut indignis eripiuntur*).

Bien entendu, en outre, que le sort des legs est attaché à celui de l'institution d'héritier; et que si le testament est infirmé pour une cause quelconque (*ruptum, irritum* ou *destitutum*), les legs le sont pareillement.

En dehors des règles générales du droit civil, les lois JULIA et PAPIA POPPÆA avaient introduit des causes d'incapacité spéciales de recueillir, contre les célibataires (*cœlibes*) et les citoyens sans enfants (*orbi*), ainsi que des occasions de plus de déchéance pour les libéralités testamentaires. — Les dispositions, tant institutions d'héritier que legs, qui, quoique valables selon le droit civil, étaient ainsi frappées de déchéance par les lois JULIA et PAPIA POPPÆA, se nommèrent *caduca*, et celles qui leur furent assimilées, *in causa caduci*. — Justinien supprime les unes et les autres. Mais les mots de *caducité, dispositions caduques*, détournés de leur origine historique, ont passé dans les commentateurs et dans le langage du droit moderne avec une signification générale, comme s'appliquant à toute disposition qui, valable dans son principe, tombe ensuite par la perte de la chose ou par la défaillance du légataire (Code Nap., art. 1039 à 1043). Tel n'est pas le véritable sens du droit romain.

Droit d'accroissement entre colégataires.

Un legs infirmé pour une raison quelconque, soit dès l'origine, soit plus tard, profite, en règle générale, à celui qui en était grevé. — Cependant des circonstances particulières peuvent transporter à d'autres le profit de cette infirmation : tels sont le droit d'accroissement entre colégataires, et le *jus caduca vindicandi* de la loi PAPIA POPPÆA.

On nomme colégataires (*collegatarii*), en général, tous ceux à qui une même chose a été léguée par un même testament. — Les Romains distinguent deux manières dont cela peut avoir lieu : soit conjointement (*conjunctim*), si c'est par une seule et même disposition; soit disjointement (*disjunctim*), s'il y a dans le même testament autant de dispositions séparées que de légataires. — Plus tard, sous la loi PAPIA POPPÆA, on attribue aussi un certain effet au cas où la même chose a été léguée à plusieurs, mais avec assignation de parts pour chacun : ce qui donne lieu à la division tripartite indiquée par Paul, des conjoints *re tantum*, ou *re et verbis*, ou *verbis tantum;* quoique, dans ce dernier cas, les légataires ne soient réellement, en aucune façon, colégataires.

A l'égard du droit d'accroissement entre colégataires, il faut distinguer soigneusement trois époques : 1° l'époque de la distinction des legs en quatre classes, mais antérieurement à la loi PAPIA POPPÆA : ici c'est rigoureusement, par les conséquences mêmes des termes de la formule civile, que la question doit être examinée; en y joignant ce principe juridique, que les créances (*nomina*), dès qu'elles se trouvent attribuées en commun à plusieurs, se divisent de plein droit, par leur seule nature; ce qui n'a pas lieu pour les droits de propriété. — 2° L'époque des lois JULIA et PAPIA POPPÆA. Ici, il faut bien distinguer du droit d'accroissement le *jus caduca vindicandi,* introduit par ces lois, à l'égard des *caduca* ou des dispositions qui y sont assimilées, et remarquer avec soin l'ordre dans lequel est attribué le droit de revendiquer les caduques,

transporté plus tard, par Caracalla, au fisc tout seul. — 3° Enfin, l'époque de Justinien, qui, supprimant les quatre classes de legs, et les *caduca*, et les dispositions *in causa caduci*, forme cependant un système d'amalgame où l'on reconnaît, au milieu des dispositions nouvelles, des traces de chacun des systèmes précédents.

De la loi Falcidie.

La loi FALCIDIA défend que les legs dépassent plus des trois quarts des biens de l'hérédité. — En conséquence, il doit toujours rester à l'héritier au moins un quart; sinon il a le droit de réduire les legs jusqu'à concurrence : c'est ce que les Romains nomment la quarte (*quarta*), ou simplement la Falcidie (*Falcidia*).

S'il y a plusieurs héritiers, il faut opérer pour chacun d'eux isolément, abstraction faite des autres ; de sorte que chacun ait la quarte de sa part.

Pour faire le calcul, il faut considérer le patrimoine tel qu'il était au moment de la mort et abstraction faite des accroissements ou décroissements qui ont pu survenir depuis.

La loi Falcidie a eu pour objet de prévenir l'abandon des testaments, que les héritiers surchargés de legs ne manqueraient pas de faire, et qui ferait tomber même toutes les autres dispositions. — Le bénéfice de cette loi a été étendu avec le temps, et successivement, à des matières pour lesquelles la loi Falcidie n'avait pas été faite : aux hérédités fidéicommissaires, aux fidéicommis particuliers, aux fidéicommis même *ab intestat*, aux donations à cause de mort, aux donations entre époux; enfin dans la querelle de testament inofficieux, où elle a produit la théorie de la portion légitime.

Fidéicommis.

Un fidéicommis, dans le sens le plus général, est une disposition de biens à laquelle il manque une quelconque des conditions nécessaires selon le droit civil pour constituer une institution d'héritier ou un legs, et dont le défunt charge son héritier soit testamentaire, soit *ab intestat*, ou toute autre personne à qui il laisse quelque chose.

Ces dispositions, dans le principe, manquant du caractère obligatoire du droit civil, ne sont que précatives, confiées à la bonne foi de celui qui en est chargé (*fideicommissa*). — Sous Auguste elles commencent à être obligatoires, et l'exécution peut en être poursuivie par voie extraordinaire (*persecutio*).

Les fidéicommis correspondent en quelque sorte aux institutions d'héritier ou aux legs. — Aux institutions d'héritier, lorsqu'ils ont pour objet l'hérédité ou une quote-part de l'hérédité (*fideicommissaria hereditas*); — aux legs, lorsqu'ils ont pour objet toute autre chose qu'une quote-part de l'hérédité : par exemple, une chose déterminée soit dans son genre, soit dans son espèce, la liberté; ou même une chose d'universalité, telle qu'un pécule, un troupeau, etc. (*fideicommissum singulæ rei*).

La matière des fidéicommis n'est pas régie par les principes rigoureux du droit civil; mais par cette maxime, qu'ils émanent de la volonté du défunt et doivent puiser leur force dans son intention.

Selon le droit civil, l'héritier chargé par fidéicommis de restituer, en

tout ou en partie, l'hérédité (l'héritier fiduciaire, *heres fiduciarius*), n'en reste pas moins héritier, lui seul continue la personne juridique du défunt; celui à qui est faite la restitution (le fidéicommissaire, *fideicommissarius*) reste étranger à cette personne.

Pour obvier aux inconvénients de cette situation, et pour s'obliger à se faire respectivement raison des créances et des dettes héréditaires, l'héritier et le fidéicommissaire n'ont d'autre recours que de simuler une vente totale ou partielle de l'hérédité et de faire entre eux les stipulations qui interviendraient dans un pareil cas (*stipulationes emptæ et venditæ hereditatis*). A cette époque, le fidéicommissaire n'est considéré que comme un acquéreur d'hérédité (*loco emptoris*).

Plus tard surviennent : le sénatus-consulte TRÉBELLIEN, d'après lequel les actions se divisent de plein droit entre l'héritier fiduciaire et le fidéicommissaire; ce dernier est alors considéré comme un héritier (*loco heredis*); — ensuite le sénatus-consulte PÉGASIEN, qui autorise l'héritier à faire sur le fidéicommis de l'hérédité la retenue de la Falcidie, comme s'il s'agissait de legs; le fidéicommissaire, dans le cas de cette retenue, est assimilé à un légataire (*loco legatarii*), et alors interviennent entre lui et l'héritier, à l'égard des créances et des dettes héréditaires, les mêmes stipulations qu'entre l'héritier et un légataire partiaire (*stipulationes partis et pro parte*).

Justinien réunit les deux sénatus-consultes en un seul, sous le nom du premier. — L'héritier aura toujours droit de faire la retenue de la Falcidie; et les actions se diviseront dans tous les cas, de plein droit, entre lui et le fidéicommissaire.

Du reste, Justinien fond ensemble la matière des legs et des fidéicommis, assimilant ces deux sortes de dispositions les unes aux autres, et voulant qu'elles s'empruntent réciproquement ce qu'elles peuvent avoir de plus avantageux l'une que l'autre. — Cependant l'institution d'héritier et le fidéicommis d'hérédité continuent à différer : quant à la forme, dans la manière dont ils peuvent être faits, et quant au fond, en ce qui concerne la retenue de la quarte. De même, le legs direct et le fidéicommis de la liberté continuent à différer dans leurs effets.

Codicilles.

Le codicille est un acte de dernière volonté qui n'est pas un testament. — Son origine se lie intimement à celle des fidéicommis; ce sont deux idées corrélatives : l'une est la disposition, l'autre l'acte qui la contient. Son emploi est approuvé sous Auguste en même temps que les fidéicommis reçoivent une sanction de l'autorité publique. Il est de la plus grande utilité pratique dans une législation comme celle de Rome, où, selon le droit civil, pour la plus minime disposition on eût été obligé de faire ou de refaire son testament.

Les codicilles sont : — ou *ab intestat*, dans ce cas leurs dispositions ne peuvent être que des fidéicommis; — ou rattachés à un testament, soit antérieur, soit postérieur, dont ils suivent le sort. Dans ce dernier cas, il faut distinguer s'ils sont confirmés dans le testament ou s'ils ne le sont pas. S'ils sont confirmés (ce qui peut avoir lieu soit *in futurum*, soit *in præteritum*), ils peuvent contenir des legs, des révocations de legs, des dations de tuteur, aussi bien que des fidéicommis : mais jamais des institutions ou des révocations d'héritier. S'ils ne sont pas confirmés, ils ne peuvent contenir que des fidéicommis.

Les codicilles n'étaient, dans le principe, assujettis à aucune forme. — Constantin exigea l'intervention de sept ou de cinq témoins. — Justinien en exige cinq. — Mais ces formes ne sont pas des solennités indispensables à l'existence de la disposition; en cas de dénégation, on peut déférer le serment.

En faisant son testament, on peut ajouter que, s'il se trouve nul comme testament, on veut qu'il conserve du moins sa validité comme codicille. C'est là ce que les commentateurs ont nommé la *clause codicillaire*.

Ouverture et conservation des testaments.

Cette matière était réglée par un édit du préteur; le testament était ouvert en présence des témoins ou de la majeure partie des témoins qui l'avaient signé, il en était pris copie et il était déposé dans les archives. L'édit promettait, en outre, à tous ceux qui le désireraient, la faculté de l'examiner et d'en prendre copie; à l'exception toutefois des dispositions qui, par exception, devaient rester secrètes.

La loi Papia Poppæa, pour l'adition de l'hérédité et pour le *dies cedit* des legs; plus tard, une constitution de Théodose et de Valentinien, pour la transmissibilité du droit d'hérédité accordée aux descendants du testateur, avaient donné plus d'importance et d'intérêt encore à cette ouverture des tables du testament (*apertæ tabulæ*).

Actions relatives aux legs et aux fidéicommis.

A l'époque de la distinction des legs selon les formules, le légataire avait : la *rei vindicatio* dans le cas de legs *per vindicationem*; la *condictio*, dans celui de legs *per damnationem* ou *sinendi modo*; et l'action *familiæ erciscundæ* pour le legs *per præceptionem*.

Sous Justinien, il aura à son choix : — 1° l'action réelle (*rei vindicatio*), à moins que le legs n'ait pour objet une chose telle que la translation de propriété n'ait pas pu être opérée; — 2° l'action personnelle (*actio* ou *condictio ex testamento*, ou simplement (*actio legati*); — et 3° enfin l'action hypothécaire (*hypothecaria actio*).

Dans le cas où l'exécution de son legs doit être suspendue, le préteur lui accorde le droit d'exiger satisdation pour la conservation de ses droits (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*).

L'héritier, de son côté, si le légataire s'est mis de sa propre autorité en possession du legs, a, pour le lui faire restituer, l'interdit *Quod legatorum*.

Les fidéicommis particuliers donnent, sous Justinien, les mêmes actions que les legs; et pour les hérédités fidéicommissaires, il existe la *fideicommissaria hereditatis petitio*, et l'action *utilis familiæ erciscundæ*.

FIN DU LIVRE SECOND.

APPENDICES DU LIVRE PREMIER

APPENDICE I. (N° 30.)

DES RÉPONSES DES PRUDENTS

Le caractère des *responsa prudentium* a donné lieu depuis longtemps à de vives controverses. Outre les travaux de MM. Bodin, Demangeat et Glasson, déjà cités dans l'*Histoire du droit romain* (tom. I, n° 390), ce point a été plus récemment touché par M. Accarias (*Précis du droit romain*, tom. I, p. 47, note), et traité *ex professo* par M. Machelard (*Observations sur les responsa prudentium, Revue de législation ancienne et moderne*, 1870-1871), qui a publié tant d'excellentes dissertations sur diverses parties de la législation romaine.

Que faut-il entendre par le *jus respondendi*, créé par Auguste et développé par Adrien?

Un premier point, qui nous paraît bien établi, quoiqu'il ait été contesté par M. Bodin, c'est qu'Auguste n'a point entendu faire un monopole de la profession de jurisconsulte, et qu'il a toujours été loisible de donner des consultations, non *publice*, mais *privatim*. Ce qui le prouve suffisamment, c'est qu'Ulpien (D. 3. 1. *De postul.* 5. § 3) cite une consultation donnée par Nerva le fils à l'âge de dix-sept ans, âge où l'on ne peut guère supposer qu'il eût reçu le caractère de jurisconsulte officiel. Une innovation aussi radicale serait, d'ailleurs, peu d'accord avec la sage politique d'Auguste (*Histoire du droit*, tom. I, n° 360).

Un second point, qui ne peut plus être contesté depuis la découverte des Instituts de Gaius, c'est qu'Adrien, en attribuant force de loi aux décisions des jurisconsultes, a exigé la condition de l'unanimité. Vinnius et Pothier avaient pensé qu'il fallait expliquer le texte de Justinien par la *loi des citations* du Bas-Empire, et se contenter de la majorité, en interprétant *omnium* par *plurimorum*. Mais cette interprétation forcée, première tentative d'assimilation entre le *jus respondendi* et l'autorité attribuée aux jurisconsultes décédés, tombe devant le texte de Gaius (Com. I. 7), parfaitement conforme à celui des Instituts, qui reproduit la décision d'Adrien:

« Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum.

quibus permissum est jura condere; quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur. »

Mais on se demande comment était organisé le pouvoir ainsi conféré aux jurisconsultes officiels, et comment il pouvait devenir une source de droit, *jura condere.*

A cet égard, quatre systèmes principaux ont été professés.

Suivant le premier, auquel s'était attaché M. Ducaurroy (*Observations sur l'autorité des anciens jurisconsultes de Rome, Themis*, II, p. 12), Adrien aurait créé un conseil composé d'un petit nombre de jurisconsultes éminents, dont les opinions, en cas d'unanimité, auraient eu force de loi, comme l'avaient chez nous les avis du conseil d'État sous l'empire de la constitution de l'an VIII.

Malheureusement, l'établissement de ce conseil ne repose sur aucun document juridique ou historique. M. Bodin fait observer avec raison qu'il y avait, en effet, auprès des empereurs un conseil d'Etat, qui a reçu son organisation définitive sous Constantin (*auditorium, consistorium*), mais que ce conseil n'avait aucune autorité propre, et se bornait à préparer les projets de constitutions impériales.

Nous ne mentionnons que pour mémoire le second système, qui fait figurer les jurisconsultes officiels à titre d'assesseurs des magistrats. Le rôle des assesseurs, qui n'avaient que voix consultative, n'a rien de commun avec le *jus publice respondendi*.

Le troisième système, dont le germe se trouve dans Puchta, a été développé par M. Bodin (*Revue historique du droit,* tom. IV, p. 197 et suiv.) dans une dissertation dont les conclusions ont été admises, sauf un point (1), par M. Demangeat. Ce système mérite de fixer plus sérieusement notre attention.

Suivant ce système, le *jus publice respondendi* n'a eu qu'une valeur bornée et transitoire. Créé par Auguste pour fortifier le pouvoir nouveau en l'appuyant sur l'autorité des jurisconsultes, il a été supprimé par Adrien, la consolidation de l'Empire ayant rendu l'institution inutile. C'est ainsi que l'on interprète le texte de Pomponius (Dig. I. 2. *De orig. juris,* 2. § 47), si souvent cité :

« Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus responderent : et ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit, et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri prætorii peterent ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, hoc non peti, sed præstari solere; et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad respondendum se præpararet. »

En interprétant ce texte comme une réponse favorable donnée par Adrien aux réclamants, on est amené à conclure (à moins d'admettre l'opinion hasardée qui verrait dans cette concession

(1) La suppression par Adrien du *jus respondendi.*

un privilège particulier aux *viri prætorii*) que le *jus publice respondendi* est retombé depuis Adrien dans le domaine commun (1).

En quel sens cet empereur, dans le rescrit cité par Gaius, exige-t-il l'unanimité des jurisconsultes? Ce rescrit, dit-on, n'a point trait aux jurisconsultes vivants, dont Adrien a supprimé l'autorité, mais aux jurisconsultes décédés, dont les juges étaient tenus de suivre l'opinion, lorsqu'elle était unanime; du moins jusqu'à la *loi des citations*, qui s'est contentée de la majorité. Ce sont les rédacteurs des Instituts de Justinien qui, par une confusion regrettable, ont mis sur la même ligne le *jus respondendi* accordé aux jurisconsultes vivants, et la permission *jura condendi* accordée aux jurisconsultes décédés. On comprend bien mieux ainsi la condition d'unanimité, facile à réaliser pour le juge, qui consulte les ouvrages des anciens jurisconsultes. Si nous ne trouvons pas au Digeste trace de cette institution, ne peut-on pas reconnaître qu'elle est antérieure au Bas-Empire, lorsqu'on voit Constantin, dans la loi première au Code Théodosien *de responsis prudentium*, abolir l'autorité des notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, autorité qu'elles avaient évidemment dû recevoir d'une constitution antérieure?

Enfin, on tire argument du texte où Justinien a prescrit (Const. *Deo auctore*, en tête du Digeste, § 4) aux compilateurs du Digeste de n'employer que les textes des jurisconsultes ayant un caractère officiel :

« Jubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum et interpretandarum legum sacratissimi principes præbuerunt, libros ad jus romanum pertinentes legere et elimare. »

Or, on fait remarquer qu'il n'y a que trente-neuf jurisconsultes dont les ouvrages se trouvent reproduits dans le Digeste. Comment se fait-il que, dans un laps de plus de cinq siècles, il n'y ait eu que trente-neuf jurisconsultes ayant reçu de leur vivant le *jus respondendi*, tandis que l'on comprend bien que cette sorte d'apothéose, qui a fini par se borner aux cinq grands noms de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin, n'ait jamais été accordée qu'à des jurisconsultes d'élite?

Le quatrième système, suivi par M. Ortolan, et que MM. Glasson (*Étude sur Gaius et sur le jus respondendi*, 1867) et Machelard (dissertation citée plus haut) ont développé dans des dissertations spéciales, distingue, en principe, entre le *jus respondendi* conféré par Auguste aux jurisconsultes vivants, puis organisé par Adrien, et l'autorité posthume des écrits, qui n'aurait pris naissance qu'à une époque beaucoup plus récente. Sans doute, on peut admettre avec Puchta (*Curs. Instit.* I. §§ 116 et 117) que la (4) Ortolan

(1) Cette partie du système de M. Bodin n'est point admise par Puchta ni par M. Demangeat, qui interprètent la réponse d'Adrien dans le sens d'un refus.

concession du *jus respondendi* a peu à peu rendu obligatoires devant les tribunaux non-seulement les *responsa* proprement dits, mais les écrits doctrinaux des jurisconsultes auxquels ce bénéfice avait été accordé (1). Ce qui vient à l'appui de cette conjecture, c'est la rubrique *De responsis prudentium*, sous laquelle le Code Théodosien classe les constitutions relatives à l'autorité attribuée aux écrits des grands jurisconsultes. Mais cela ne veut pas dire que dès l'époque d'Adrien le droit de répondre *publice* ne se soit entendu que du crédit attribué aux jurisconsultes décédés. Cette interprétation fait violence au texte des Instituts de Justinien, dont on accuse, contre toute vraisemblance, les rédacteurs d'avoir commis une confusion impardonnable entre l'autorité des jurisconsultes vivants et celle des jurisconsultes morts; elle ne cadre pas davantage avec les Instituts de Gaius, qui s'appliquent tout naturellement aux jurisconsultes contemporains d'Adrien, dont l'autorité officielle a été réglée par ce prince, sans qu'aucun texte de cette époque se réfère au crédit accordé après coup aux écrits des jurisconsultes morts, crédit auquel ne fait aucune allusion le long fragment de Pomponius *De origine juris*. Le mot *responsa*, dont l'acception a pu être élargie plus tard, n'indique-t-il pas évidemment, dans son sens primitif, la réponse à une consultation?

La suppression du *jus respondendi* attribuée à Adrien ne semble pas plus plausible. Comment Gaius, qui eût été contemporain de cette innovation, et qui nous parle précisément des *responsa prudentium*, eût-il gardé le silence sur un point aussi important? Si le rescrit d'Adrien cité par Pomponius n'est peut-être pas en lui-même parfaitement clair, sans doute à raison de la tournure ironique de l'esprit de ce prince, signalée par Spartien (*Hist. du Droit*, tom. I, n° 388), l'ensemble du texte de Pomponius établit assez qu'Adrien n'a nullement entendu supprimer la consultation officielle, puisque c'est après avoir dit : *peti hoc pro beneficio cœpit*, que Pomponius ajoute : *et ideo optimus princeps*... Dès lors la réponse de l'empereur doit s'entendre du conseil d'une préparation au travail pour obtenir le *jus respondendi : populo ad respondendum se præpararet* (2).

(1) Y avait-il, au contraire, des jurisconsultes qui n'eussent point le *jus respondendi*, bien que leurs écrits eussent reçu après leur mort une confirmation officielle? M. Glasson soutient l'affirmative dans sa dissertation sur Gaius, en ce qui touche Gaius lui-même. Mais, si l'on pense, avec Puchta, que l'autorité des jurisconsultes a commencé par leurs consultations verbales avant de passer à leurs écrits, il est plus conséquent de reconnaître que Gaius, l'un des cinq grands jurisconsultes dont le crédit est établi par la loi des citations, a dû avoir le *jus respondendi*, bien qu'il semble en avoir fait peu d'usage. — (2) Nous pensons qu'il faut corriger la Vulgate, et, au lieu de *delectari se*, qui accuse trop l'ironie et rappelle le : *Vous chantiez, j'en suis fort aise*, du fabuliste, lire, avec les frères Kriegel : *Delectari si populo ad respondendum se præpararet*.

Ce qui est certain, c'est que le *jus respondendi*, s'il a été supprimé par Adrien, a été rétabli par ce prince et par ses successeurs, puisque nous le voyons encore, suivant le témoignage d'Eunapius, accordé à un certain Innocentius par Dioclétien.

Si, comme le pense la grande majorité des auteurs, le *jus respondendi* n'a pas été supprimé par Adrien, il est bien vraisemblable que c'est ce droit qu'a en vue le rescrit d'Adrien, cité par Gaius, lorsqu'il exige l'unanimité dans l'avis des prudents. C'est bien plus tard, c'est à l'époque où les grands jurisconsultes contemporains ont fait défaut, où l'autorité des anciens est devenue dominante, que nous voyons le *jus respondendi* jeter ses dernières lueurs sous Dioclétien, et le crédit officiel s'attacher exclusivement aux écrits des jurisconsultes décédés. Cette transformation a dû, suivant la conjecture de Putcha, s'effectuer graduellement, comme toutes les évolutions historiques. S'il est plus que douteux qu'il y ait eu rien de pareil du temps d'Adrien, elle peut fort bien avoir commencé dès avant Constantin. La plupart des auteurs qui soutiennent le quatrième système pensent, il est vrai, que les notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, abolies par Constantin dans la loi première au Code Théodosien *De responsis prudentium*, n'avaient reçu antérieurement aucune sanction législative, et que c'est seulement leur autorité doctrinale qui se trouve abolie. Mais on peut très-bien admettre, avec M. Bodin, que l'institution définitivement organisée par la loi des citations avait pris naissance avant Constantin, sans aller jusqu'à la faire remonter à l'époque d'Adrien et de Gaius. Le seul point important à établir, c'est qu'il y a eu un *jus respondendi* conféré aux vivants par Auguste, dont on trouve des traces jusque sous le règne de Dioclétien, et que ce n'est que lors du déclin de la jurisprudence classique que l'autorité exclusive a été transférée aux écrits par une sorte de consécration posthume.

Quant à l'argument tiré du petit nombre de jurisconsultes qui auraient eu, pendant tant de siècles, le droit de réponse officielle, puisqu'on n'en retrouve que trente-neuf au Digeste, tandis que la constitution *Deo auctore*, dont nous avons reproduit le texte, avait chargé les compilateurs de puiser dans tous les écrits des jurisconsultes autorisés, on l'explique en faisant remarquer qu'il a dû arriver que beaucoup de ceux qui avaient le *jus respondendi*, ou n'aient point laissé d'écrits, ou n'en aient point laissé de notables. En ce qui touche le chiffre lui-même, il y a plutôt lieu de s'étonner, avec M. Machelard, que sous Justinien, à Constantinople, on possédât encore les ouvrages de trente-neuf jurisconsultes, composés à Rome plusieurs siècles auparavant.

Enfin, la condition d'unanimité, exigée par Adrien, est loin d'être plus facile à réaliser pour les jurisconsultes morts que pour les vivants. Le nombre des jurisconsultes autorisés a dû être limité; le plaideur en citait un ou deux; s'il n'était point contre-

dit par la partie adverse, le juge était lié, il y avait unanimité apparente; dans le cas contraire, l'avis du juge était libre. S'il fallait entendre le rescrit d'Adrien comme se référant aux écrits des anciens jurisconsultes, il fût devenu bientôt inapplicable, à raison du nombre considérable d'ouvrages, *onus camelorum*, que tant d'auteurs avaient publiés. Un travail de recherche aussi considérable eût obligé le législateur, bien avant la constitution de Théodose, à limiter le nombre des jurisconsultes ayant un caractère officiel.

En définitive, de quelque manière qu'on l'entende, cette transformation des jurisconsultes en *juris conditores* avait quelque chose d'humiliant pour le juge, et l'on doit savoir gré à Justinien de l'avoir supprimée, le jurisconsulte le plus inconnu pouvant avoir raison, en un point, vis-à-vis des plus grandes autorités : *cùm possit unius forsitan et deterioris sententia et multas et majores ex aliqua parte superare* (Const. *Deo auctore*, § 6).

E. B.

APPENDICE II (N° 99).

DE LA NATURE DU MARIAGE

M. Ortolan a, selon nous, victorieusement démontré que le mariage romain ne se formait point par le seul consentement, qu'un acte extérieur devait s'ajouter à la volonté. Faut-il en conclure, avec notre auteur, que le mariage ait été, dans la doctrine romaine, un contrat réel; que la femme ait dû être l'objet d'une tradition analogue à celle des choses corporelles? Nous ne le pensons pas.

Une personne libre n'est pas susceptible de possession (1). Le mot tradition appliqué à la femme qui est épousée ne se trouve dans aucun texte juridique (2).

Le fait nécessaire à la formation du mariage est en général désigné par ces mots *deductio mulieris in domum mariti tanquam in domicilium matrimonii*, ou par des termes équivalents. De là l'expression *ducere uxorem* (*in domum suam*), synonyme de se marier de la part d'un homme (3).

Quelle a été la conception du mariage par les Romains, et comment s'explique la nécessité d'un acte extérieur traduisant au dehors la volonté? Le voici, selon nous :

---

(1) Gaius. *Com.* 2, § 90. — (2) Il est, croyons-nous, employé dans ce sens uniquement par Quintilien. Déclam. 306. — (3) Pompon. f. 5. D. 23. 2. *De ritu nupt.*

Le mariage est un état, une manière de vivre, un rapport continu entre deux existences, une habitude de vie commune, *consuetudo vitæ*, qui s'établit volontairement entre un homme et une femme, état dans lequel l'homme communique à la femme les honneurs, la considération, la dignité sociale dont il est entouré, *individuam vitæ consuetudinem continens* (1); *mulierum dignitatem ex honore matrimonii et augeri et minui solere* (2). Telles sont les données essentielles du mariage considéré en lui-même, indépendamment de la *manus* qui n'en est pas la suite nécessaire. Les conséquences de cette idée, vérifiées par les sources, lui serviront de preuve.

Le mariage ne se forme pas à un moment donné comme un contrat; non, il suppose des conditions multiples qui peuvent se réaliser les unes après les autres et arriver ensuite à concourir ensemble. Il commence à exister par la réunion de ces conditions; il se prolonge par leur permanence; il s'évanouit par la cessation de l'une d'elles.

Un fils de famille ne saurait être en état de juste mariage sans la volonté de son chef de famille, sous la puissance duquel seront les enfants à naître d'une telle union; *ne cui invito suus heres agnascatur* (3). Un fils de famille s'unit à une femme sans le consentement de son *paterfamilias*. L'union n'est pas un juste mariage; elle le deviendra le jour où le père de famille l'approuvera. *Dum tamen, si filiifamilias sint, consensum habeant parentium quorum in potestate sunt... in tantum ut jussum parentis præcedere debeat* (4). L'adhésion du père de famille n'a point d'effet rétroactif; l'union formée par le fils de famille reçoit le caractère d'un *matrimonium justum* à partir du moment où le père de famille accepte pour siens, c'est-à-dire membres de sa famille, les enfants qui en naîtront.

Un fils de famille s'est uni à une femme avec l'assentiment de son père de famille; l'état de mariage légitime existe. Le père de famille retire sa volonté; l'union cesse d'être un *matrimonium justum*. Il ne pourrait pas rétracter l'autorisation qu'il aurait donnée pour un acte juridique, par exemple, pour une adition d'hérédité. Il le peut relativement au mariage. L'état de fait se transforme. Les enfants conçus ensuite ne seront pas sous la puissance du père de famille et membres de la famille civile de leur père. Le fils ou la fille en puissance peut se plaindre des variations de la volonté paternelle. Les poëtes ont donné à cette plainte une touchante expression : *Cur talem invitum invitam cogis linquere!* (Ennius) (5) *Aut olim... non datas oportuit, aut nunc non æquum est abduci, pater* (Plaut. *Stich.*, act. 1, sc. 2). Par cela même ils

(1) Inst. liv. 1, tit. 9, § 1. — (2) Paul. *Frag. Vatic.* § 104. Ulp. f. 1, § 1, f. 8. Dig. 1. 9. *De senat.* — (3) Inst. 1. 11. § 7. — (4) Inst. 1. 10, pr. comp. f. 4. Dig. 23. 2. *De rit. nupt.* — (5) Cicer. *ad Heren.* II. 24.

ont rendu témoignage des effets de la puissance paternelle. *Imperium patris,* dit le poëte comique.

Tel est le droit dans sa rigueur primitive. Antonin le Pieux l'atteste une fois de plus en y dérogeant : *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit* (1).

Le mariage est donc un état de fait qui suppose la réunion et la permanence d'un certain nombre de conditions. La condition première est la volonté commune des époux, volonté réalisée de vivre comme *vir et uxor*. — Que deviendra le mariage, si l'un des époux tombe en état de démence? Ne semble-t-il pas que le mariage doive cesser, puisque l'un des époux n'a plus de volonté? Semblable question ne s'élèverait pas à propos d'un contrat. Une fois formé, il produit ses effets, malgré un changement dans l'état des volontés qui, en s'accordant un jour, l'ont constitué et ont noué définitivement les obligations. Le mariage n'est pas un contrat, il est un état durable. Dans l'espèce, la solution qui a prévalu est que le mariage subsiste nonobstant la folie survenue de l'un des époux. Le motif qu'Ulpien en donne est remarquable et confirme notre manière de voir : *Retinetur matrimonium... quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus* (2). La volonté antérieure à la folie devient latente; elle ne cesse pas; elle n'est pas remplacée par une volonté contraire.

Une telle conception du mariage conduisait naturellement à la faculté du divorce et de la répudiation. En effet, dans le mariage sans *manus* (le seul que nous étudions afin de ne pas confondre les effets du mariage avec les effets de la *manus*) (3), cette faculté, quoique rarement pratiquée à l'origine, paraît avoir toujours existé. On ne nous dit pas qu'elle ait été introduite, établie à une certaine époque (4). Elle a plutôt découlé, comme une conséquence, de la nature du mariage, de la nécessité de la permanence des volontés qui le constituent, de l'égalité de position des époux en l'absence de la *manus* (5). Bien que possible, elle a été peu usitée d'abord à cause de la pureté et de la simplicité des mœurs; elle a été une porte ouverte au dérèglement des passions. La répudiation n'a été réglementée, assujettie à quelques formalités que par Auguste (6).

---

(1) PAUL. *Sent.* 5. 6. § 15. — (2) ULP. f. 8. DIG. 1. 6. *De his qui sui vel alieni.* — (3) Nous référons au mariage avec *manus* l'inégalité qui, selon Plutarque (*Vie de Romulus*, 22), aurait existé au temps de Romulus entre le mari et la femme au point de vue de la faculté de la répudiation. Voyez une dissertation fort intéressante et ingénieuse de M. Esmein sur la *manus*, la paternité et le divorce. *Revue générale du droit*. Année 1883. — (4) La loi des Douze Tables s'occupait du divorce; nous ne savons en quels termes. Elle consacrait sans doute des usages antérieurs. L'expression de la volonté se traduisait d'une façon très-simple et même vulgaire. HENRIOT, *Mœurs judiciaires*, t. I, p. 317 et suiv. *I foras mulier. Tuas res tibi habeto, agito.* GAIUS, fr. 2, § 1, DIG. *De divortiis*, 24. 2. — Voy. cependant MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 16, cap. 16. — (5) GAIUS, f. 2 pr. DIG. 24. 2. *Divortium a diversitate mentium dictum, in diversas partes eunt.* — (6) PAUL fr. 9. DIG. 24. 2.

L'effet de la captivité et du *jus postliminii* nous fournit une dernière preuve. On sait que le *jus postliminii* restitue les droits, mais non les faits. *Facti causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt* (1). Le mari tombe en captivité. La femme demeure au domicile. Le mariage a cessé d'exister. *Captivi uxor, tametsi maximè velit et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio est* (2). L'absence du mari qui n'est pas un obstacle à la formation du mariage, est celle qui peut cesser à la volonté du mari; c'est un éloignement volontaire et passager. La captivité d'un seul des époux est un obstacle à l'état de mariage. Le mari de retour ne recouvrera pas sa femme, comme le père de famille recouvre son fils. *Non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit*. Le mariage qui est un fait, un état, a cessé; il ne peut renaître que par un consentement nouveau réalisé en reprise de vie commune, *matrimonii causa*. *Sed consensu redintegratur matrimonium* (3). Le *jus postliminii* rétablit la puissance paternelle, qui est un droit, comme si la captivité n'avait jamais existé, et non l'état de mariage, qui se compose de faits successifs.

Supposons que deux époux soient faits captifs tous deux ensemble. Ils continuent à vivre comme mari et femme. Un enfant est conçu pendant la captivité. Tous deux, ainsi que leur enfant, recouvrent la liberté et rentrent dans leur pays. Le mariage continue; il est réputé n'avoir pas été interrompu par une captivité que le *jus postliminii* efface. L'enfant, quoique conçu chez l'ennemi, n'en sera pas moins fils légitime et sous la puissance de son père. *Si reversi fuerint, justos esse et parentes et liberos et filium in potestate patris* (4). Le *jus postliminii* trouve ici un état de fait conforme à celui du mariage, fait qui a duré. Il n'a qu'à imprimer à cet état de fait un caractère de légitimité auquel la captivité mettait obstacle. Il est dans sa nature de produire un tel résultat purement juridique.

Tel est, à notre avis, le mariage romain, au moins à l'origine. Au fur et à mesure que l'on avance dans l'histoire, et surtout au Bas-Empire, l'institution se transforme. Le mariage ressemble davantage à un contrat productif d'obligations durables, dissoluble seulement pour des causes déterminées. Ce mouvement a été commencé par les empereurs païens dans un intérêt de moralité sociale; il a été continué par les empereurs chrétiens sous l'influence de croyances religieuses. Mais à aucune époque l'idée de contrat réel ne nous paraît propre à traduire fidèlement la pensée des Romains (5).

J. E. L.

---

(1) TRYPHON. f. 12. § 2. DIG. *De captivis*. 49. 15. — (2) TRYPHON. fr. 12. § 4. DIG. 49. 15. — (3) POMPON. f. 14. § 1. DIG. 49. 15. — (4) MARC. f. 25. DIG. 49. 15. — (5) *Dissert. de* M. MACHELARD, p. 241.

APPENDICE III (N° 122).

DU CONCUBINAT.

Quelle était, à Rome, vis-à-vis du père, la condition des enfants nés du concubinat?

Vis-à-vis de la mère, la condition des enfants, qu'ils fussent issus de justes noces, du concubinat, ou d'unions éphémères (*vulgo quæsiti*), était identique. On s'attachait à cette idée que la maternité était toujours certaine. Soit qu'il s'agît du *jus liberorum*, c'est-à-dire des avantages accordés à la femme qui avait procréé un certain nombre d'enfants, ou bien de la possession de biens *unde cognati*, ou bien enfin du droit de succession établi entre la mère et les enfants par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, tous les enfants étaient mis sur la même ligne (Just. Inst. III. 3. 7. et 4. 3). Ce ne fut que sous Justinien (l. 5. Cod. ad J. C. Orphit.) que fut supprimé, du moins pour les femmes d'un certain rang, le droit de succession des enfants *vulgo quæsiti*. — Nous laissons de côté l'hypothèse de la femme *in manu mariti*, parce qu'alors elle entrait dans la famille du mari, et y figurait au rang de fille, *filiæ loco* (Gaius, Com. I. 3).

Vis-à-vis du père, il est incontestable, d'une part, que, si les enfants sont issus de justes noces, il se produit tous les effets attachés par le droit civil à la puissance paternelle; d'autre part, que les enfants *vulgo quæsiti* ne se rattachent par aucun lien à un père qui est légalement inconnu, et qui ne peut pas même se faire connaître, le droit romain n'admettant pas la *reconnaissance* des enfants naturels.

Mais, quant aux enfants issus du concubinat, on se demande quelle était leur position. Il existe peu de textes sur ce point, antérieurement aux constitutions du Bas-Empire, qui les ont déclarés aptes au bénéfice de la légitimation. Le système qui accorde à cette filiation les effets les plus étendus a été habilement soutenu par un esprit original, M. Pilette, dans sa lettre à M. de Rozière, sur le concubinat en droit romain (*Revue historique de droit*, 1865). Nous allons exposer ce système; nous verrons ensuite quelles objections on peut lui opposer.

Le point de départ de M. Pilette, c'est que le concubinat, tel qu'il a été reconnu par Auguste (Ortolan, *Inst.* tom. II, n° 122), est un mariage d'une espèce inférieure (1) : doctrine aujourd'hui universellement admise, sauf un point où l'auteur pousse un peu loin l'assimilation du concubinat au mariage, en exigeant pour l'un comme pour l'autre le consentement du père de famille.

(1) La concubine est qualifiée dans certaines inscriptions de *vice conjux*.

Sans doute, le père de famille a longtemps pu, en vertu de son autorité domestique, faire cesser le concubinat comme il pouvait faire cesser le mariage jusqu'à l'époque des Antonins (*Ibid.*, n° 120); mais il n'y a là rien d'analogue au *jussus*, qui devait précéder le mariage (Just. Inst. 1. 10. pr.).

De ce que le concubinat est une sorte de mariage, M. Pilette en conclut, quant à la position des enfants vis-à-vis du père, que tous les effets attachés au mariage, sauf la puissance paternelle, qui est de pur droit civil, doivent être produits par le concubinat; aussi n'hésite-t-il point à qualifier de *légitimes* les enfants nés d'une pareille union, en considérant l'expression de *naturales* comme introduite seulement par la législation du Bas-Empire.

Trois bénéfices étaient accordés à celui qui avait procréé un certain nombre d'enfants : le *jus liberorum*, le *jus capiendi ex testamento* et le *jus caduca vindicandi*.

Le *jus liberorum* procurait divers avantages, notamment la dispense de la tutelle pour celui qui avait trois enfants à Rome, quatre en Italie et cinq dans les provinces (*Frag. Vatic.* n°° 191 et 192).

Or nous lisons dans les fragments du Vatican (n° 194), précisément à l'occasion de la tutelle :

« Justi autem an injusti sint filii, non requiritur, multo minus in potestate nec ne sint, cum etiam judicandi onere injustos filios relevare Papinianus lib. V Quæstionum scribat. »

D'où l'on est fondé à conclure que les enfants nés du concubinat, *legitimi* bien que non *justi*, comptaient pour la dispense de la tutelle.

Il est vrai qu'un autre passage des fragments du Vatican (n° 168) semble décider le contraire :

« Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita rescripserunt : « Si instrumentis probas habere te justos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo prætor vir clarissimus accipiet. » Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsiti sint. »

Mais, suivant M. Pilette, les enfants sont *secundum jus civile quæsiti*, par cela seul qu'ils sont issus du concubinat reconnu par les lois Julia et Papia Poppæa (*secundum has leges*). L'expression *justi*, employée improprement par les empereurs, comprendrait dès lors ici, suivant le jurisconsulte, les enfants nés de toute union licite et n'exclurait que les *vulgo quæsiti*. Ils seraient plus exactement qualifiés de *legitimi*, et c'est ainsi qu'il faudrait appliquer aux enfants issus du concubinat un texte de Modestin (D. 27. 1, 2. § 3), que M. Pilette considère comme péremptoire, où il est dit pour l'excuse de la tutelle : « Legitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate. »

Relativement au second avantage, le *jus capiendi ex testamento*, on suppose que le but d'Auguste, dans les lois Julia et Papia Poppæa, a été uniquement d'augmenter la population, et que dès lors il a dû encourager, à l'égal du mariage, le concubinat, union également prolifique, par cela seul qu'elle n'est point passagère. On ne saurait donc considérer comme *orbus*, et par conséquent comme tombant sous le coup des lois caducaires, celui qui a des enfants d'une concubine. Ce qui le prouve, dit-on, c'est que la naissance d'enfants quelconques donne à la femme le *jus capiendi*, et que ce droit se trouve dès lors indépendant de la puissance paternelle, laquelle seule est l'attribut exclusif des justes noces.

Il y aurait enfin même raison de décider quant au *jus caduca vindicandi*, attribué aux héritiers et aux légataires qui ont des enfants (Gaius, Com. II. 207), en considérant toujours le législateur comme n'ayant eu en vue que l'accroissement de la population. Et quant à l'argument tiré par M. Rudorff du paragraphe 195 des fragments du Vatican ainsi conçu : « Ex filia nepotes non prodesse ad tutelæ liberationem, sicuti nec ad caducorum vindicationem palam est », il est facile de répondre que ces enfants, étant dans la famille de leur père, lui comptent nécessairement et ne peuvent pas en même temps compter à leur aïeul maternel, tandis que ce conflit n'a point lieu pour les enfants issus du concubinat.

Plaçons-nous maintenant au point de vue des enfants.

Il est certain que l'obligation alimentaire, au moins depuis les Antonins, existe entre les parents et les enfants naturels, cette obligation étant fondée, non sur le droit civil, mais sur l'équité et sur le lien du sang, *ex equitate caritateque sanguinis* (Ulp. D. 23. 3. 5. § 3). Mais les enfants issus du concubinat ont-ils quelques droits sur le patrimoine de leur père et de leurs parents paternels ? Sans aller aussi loin que M. de Fresquet, qui accorde à ces enfants la *bonorum possessio unde liberi*, M. Pilette reproduit la doctrine de M. Ortolan (*Expl. des Inst.*, liv. III, n° 1112), qui n'hésite point à leur conférer la *bonorum possessio unde cognati*, soit vis-à-vis du père, soit même vis-à-vis des parents paternels.

L'ingénieux auteur va plus loin; partant du principe que la paternité naturelle doit produire les mêmes effets que la maternité, il accorde aux enfants nés du concubinat la plainte d'inofficiosité vis-à-vis du père, et par suite une légitime.

Il conclut enfin d'un texte d'Hermogène (D. 26. 3. 7. pr.) que le père peut donner un tuteur à son fils naturel, sauf confirmation par le magistrat.

. . . .

Arrivons maintenant aux graves objections que peut soulever ce système.

La base sur laquelle il repose est la certitude de la paternité provenant du concubinat. Mais cette certitude est-elle autre chose qu'une certitude morale, suffisante pour justifier l'obligation alimentaire, et à plus forte raison les empêchements au mariage, qui résultaient même de la parenté servile (*servilis cognatio*)? Y a-t-il là une certitude légale, d'où découleraient tous les effets de la paternité, sauf la puissance paternelle? On peut fonder la négative sur un texte bien connu, quoiqu'il ne se trouve point reproduit dans la dissertation de M. Pilette. A propos de la nécessité de se faire autoriser par le préteur pour poursuivre en justice les *parentes*, Paul (D. 2. 2. 5. *De in jus vocando*) s'exprime en ces termes :

« Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit. Pater autem is est quem nuptiæ demonstrant. »

Ce texte semble bien exclure le concubinat. Il est vrai qu'un autre texte de Paul (l. 6. *ibid.*) applique la prohibition aux *parentes naturales;* mais cela peut très bien s'entendre, soit de la mère, vis-à-vis de laquelle tous les enfants, même *vulgo quæsiti,* sont sur la même ligne (Ulp. 4. § 3, *ibid.*), soit de la paternité naturelle, par opposition à la paternité adoptive.

Arrivons aux applications du système.

C'est quant au *jus liberorum* qu'il se présente de la manière la plus favorable. Le paragraphe 196 des fragments du Vatican, que nous avons cité, paraît bien écarter toute distinction entre les enfants *justi* et *injusti* quant à l'excuse de la tutelle. Ce texte a paru décisif à M. Accarias (*Précis du droit romain,* 3ᵉ édit., tom. I, p. 322, note 2); il explique de la même manière que M. Pilette le paragraphe 168, qui paraît contraire, et que nous reproduisons à raison de son importance :

« Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita rescripserunt : « si instrumento probare potes habere te justos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo, vir clarissimus, accipiet. » Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsiti sint. »

Il faudrait entendre ici, par enfants *justi,* suivant une correction que ferait le jurisconsulte de la décision du rescrit, les enfants nés *ex concubinatu,* qui seraient *quæsiti secundum jus civile,* c'est-à-dire suivant le droit introduit par les lois Julia et Papia Poppæa. Mais il nous paraît bien contraire au génie de la jurisprudence romaine, qui s'est formée lentement et par alluvion, de qualifier de *jus civile* ce que les textes appellent *novæ leges*. Nous serions plus disposé à admettre, avec M. de Savigny (*Traité de droit romain.* Append. VII), qu'on cite ici les lois Julia et Papia, non par rapport aux enfants nés du concubinat, qu'il serait étrange de comprendre sous la qualification de *justi,* mais par rapport, au contraire, aux prohibitions plus

sévères introduites par ces lois, quant au mariage d'un ingénu avec une femme notée d'infamie, ou d'un sénateur avec une affranchie, *si famosam quis ingenuus uxorem duxerit, vel libertinam senator* (Ulp. Reg. 16. 2). Ce mariage n'aurait été frappé de nullité qu'en vertu de senatus-consultes postérieurs (Paul Dig. 23. 2. 16. *De rit. nupt.* Ulp. *ibid.* 23. I. 16. *De sponsal.*). On supposerait, dans le paragraphe 168 des fragments du Vatican, les enfants nés d'une union conforme aux règles de l'ancien droit civil, lesquels, dans l'opinion qui aurait prévalu, auraient conservé la qualification de *justi*, bien que l'union ne fût point conforme aux prescriptions des *leges novæ*. Cette interprétation est admise par M. Demangeat (*Cours de droit romain*, tom. I, p. 426).

Mais alors comment expliquer le paragraphe 198, d'après lequel les enfants *injusti* comptent pour la dispense de la tutelle? Nous pensons qu'il faut interpréter ici l'épithète d'*injustos*, comme on l'entend généralement pour le mariage, quand il s'agit d'expliquer le texte d'Ulpien (D. 48. 5. 13. 1) qui permet de poursuivre pour adultère l'*uxor injusta;* dans ce dernier texte, il ne peut s'agir que du mariage du droit des gens, par opposition au mariage romain, puisqu'Ulpien a déjà parlé spécialement (*Ibid.*, pr.) de ce qui concerne la concubine. Le paragraphe 196 aurait en vue les enfants issus d'un mariage *juris gentium* et par conséquent *injusti* suivant le droit civil; le paragraphe 168, qui parle de trois enfants, chiffre exigé à Rome pour la dispense de la tutelle, supposerait, au contraire, un mariage entre citoyens romains, pour lequel il s'agirait seulement de savoir si l'on doit suivre les prescriptions du vieux droit civil, ou bien celles des lois Julia et Papia (1).

Enfin, c'est arbitrairement que l'on voudrait qualifier, sinon de *justi*, du moins de *legitimi*, les enfants naturels vis-à-vis de leur père. Le texte de Modestin, sur les excuses de la tutelle, qui porte (D. 27. 1. 2. 3) : *Legitimos autem liberos esse oportet omnes, etiamsi non sint in potestate*, se trouve expliqué par cet autre fragment du même jurisconsulte, *De vacatione munerum* (D. 50. 5. 2. § 5) : *Incolumes liberi, etiam si in potestate patris sui desierint esse, excusationem a muneribus civilibus præstant.* Il s'agit donc uniquement des enfants nés du mariage, mais qui sont sortis de puissance. Autrement, les enfants issus du concubinat arriveraient *ab intestat* à la possession de biens *unde legitimi :* ce que l'on n'a jamais soutenu. Les lois nouvelles n'ont point fait du concubinat une institution; elles l'ont seulement

(1) Ce qui prouve bien que la question de savoir si les enfants sont *secundum legem Juliam Papiam quæsiti* se réfère au mariage, et non au concubinat, c'est qu'on retrouve ces mêmes expressions dans un texte de Paul (Coll. Mos. leg. 16. 3), où il définit les *sui heredes :* qualification qui ne saurait appartenir aux enfants issus du concubinat.

toléré, en le faisant échapper à la peine du *stuprum : Quia concubinatus*, dit Marcien (D. 25. 7. 3. § 1, *de concubinis*), *per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est.*

Il est vrai que, suivant le système que nous avons exposé, ces lois auraient voulu encourager, non-seulement les *justæ nuptiæ*, mais le concubinat, leur but unique ayant été de favoriser l'accroissement de la population; c'est ainsi que pour les diverses prérogatives accordées à la femme, soit par ces lois, soit par la législation postérieure, on ne s'attache qu'au fait physique de la maternité. Mais il ne faut point perdre de vue, ce que nous avons dit en commençant, qu'à Rome les enfants, légitimes ou non, ne sont jamais rattachés à la mère que par un lien purement naturel (1), et que dès lors on ne saurait conclure des décisions sur la maternité aux principes qui régissent la paternité. Le système proposé pour l'application des lois caducaires ne trouve aucun appui dans le témoignage des historiens ni dans celui des jurisconsultes. Partout il est question de *nuptiæ*, jamais de concubinat. La raison historique fait également défaut. Si Auguste visait à l'accroissement de la population, il se proposait également pour but de développer l'ancienne famille romaine, et c'eût été un singulier moyen d'en encourager la renaissance que d'assimiler le concubinat aux *justæ nuptiæ*. Sur ce point, la doctrine de M. Pilette n'a point fait fortune. Dans son remarquable travail sur le droit d'accroissement, M. Machelard pose comme incontestable que les encouragements donnés par Auguste au mariage et à la procréation des enfants n'ont trait qu'aux justes noces. M. Accarias (3ᵉ édit., tom. I, p. 939, not. 5) refuse également au concubinat la prérogative d'exempter de l'incapacité qu'entraîne le célibat, et aux enfants issus du concubinat le droit d'être comptés pour faire cesser l'incapacité partielle de l'*orbus*.

A plus forte raison, de pareils enfants ne sauraient conférer au père naturel le *jus caduca vindicandi*. Puisqu'ils n'ont point, on le reconnaît, la *bonorum possessio unde liberi*, leur père n'est point de ceux *qui liberos habent*, aux termes de la loi Papia (Gaius, Com. II. 206).

Maintenant, en ce qui concerne ces enfants eux-mêmes, il paraît, en effet, résulter du texte du Digeste que, du moins sous le règne des Antonins, le souffle précurseur du christianisme, qui commençait à inspirer la législation romaine, fit établir une obligation alimentaire entre le père et les enfants issus du concubinat (2). Mais, si cette obligation était pour le moins douteuse

(1) Système que certains publicistes ont proposé d'introduire dans le droit moderne. — (2) Il n'y a pas, croyons nous, au Digeste, de textes qui prouvent clairement l'existence, en droit classique, d'une obligation alimentaire entre le père et les enfants issus du concubinat. Ulpien décide que l'obligation alimentaire existe à l'égard non-seulement des enfants en puissance, mais encore des enfants émancipés ou devenus *sui juris* par une cause quelconque. (F. 5. § 1,

sous le règne d'Auguste, comment supposer qu'à cette époque on eût pu songer à attacher les *præmia patrum* à l'existence de ces enfants (1)?

Ce que l'on comprendrait plus facilement, c'est que le préteur eût pu conférer à ces enfants, même vis-à-vis de leur père, les avantages résultant de la parenté naturelle, de la *cognatio*, la possession de biens *unde cognati*. En ce point, la doctrine extensive du concubinat a été admise par M. Ortolan (*loc. cit.*); elle a été également adoptée par M. Accarias (tom. II, n° 456). Cette solution nous paraît cependant fort douteuse, à raison du silence complet des textes. Gaius (Com. III, 30 et 31), lorsqu'il traite de la *bonorum possessio unde cognati*, signale comme *cognati* les personnes *quæ per feminini sexus personas copulatæ sunt*; et vis-à-vis des *parentes naturales*, les personnes qui sont dans une famille adoptive. Le concubinat étant fréquent à l'époque des Antonins, puisque Marc-Aurèle lui-même prit une concubine (2), comment Gaius eût-il gardé le silence sur cette application de la *bonorum possessio*, qui eût été importante? Même silence dans tous les textes du Digeste et du Code sur la *bonorum possessio unde cognati* (3).

Ce qui augmente encore nos doutes sur ce point, c'est la conclusion à laquelle la logique a conduit M. Pilette, et sur laquelle MM. Ortolan et Accarias ne se sont point prononcés. La plainte d'inofficiosité est admissible pour la réclamation de la *bonorum possessio*, comme pour celle de l'hérédité; et c'est ainsi que nous voyons des enfants faire tomber comme inofficieux le testament de leur mère, avant que le sénatus-consulte Orphitien eût établi entre la mère et ses enfants une hérédité légitime. Dès lors, si les enfants issus du concubinat viennent comme cognats à la succession de leur père, comment leur refuser la plainte d'inofficiosité? Enfin, la logique conduit à leur accorder également une légitime. Mais comment une pareille institution n'eût-elle laissé aucune trace chez les historiens ni chez les juriscon-

---

Dig. 25. 3. *De adgnos. liberis*.) Cette dernière phrase doit s'entendre d'une cause quelconque ayant rompu le lien d'agnation et dissous la puissance paternelle. Dans le paragraphe suivant, le jurisconsulte oppose aux parents paternels les parents maternels; mais il songe à la naissance en justes noces. Ce qui le prouve, c'est qu'il consacre le § 4 du même fragment à l'affirmation de l'obligation alimentaire réciproque entre la mère et les enfants nés d'elle *præsertim vulgo*. Il rappelle enfin, dans le § 6, une décision d'Antonin le Pieux, qui subordonne la dette d'aliments d'un père envers sa fille à la preuve d'une naissance légitime *juste procreatam*. Si cela est vrai, l'argument présenté par M. Bonnier n'en a que plus de force J. E. L.

(1) Le § 196 des fragments du Vatican, s'il fallait l'entendre, contrairement à notre opinion, des enfants nés du concubinat, appartiendrait, dans tous les cas, à une époque postérieure aux Antonins. — (2) Pour ne point donner une marâtre à sa nombreuse famille, *ne tot liberis superduceret novercam*. (Jul. Capit. *Marc. Anton. vita*, 29.) — (3) Le silence des textes conduit M. Demangeat (t. II, p. 56) à la même conclusion.

sultes? C'est là véritablement un droit fantaisiste. Or, si l'on recule devant les conséquences, il faut bien en venir à reconnaître que le point de départ du système, l'octroi de la *bonorum possessio unde cognati*, est erroné.

Ajoutons, en ce qui touche la tutelle, qu'on ne saurait établir un lien légal entre le père et les enfants naturels, à raison de cette circonstance qu'il est autorisé à leur donner un tuteur, sauf confirmation du magistrat. Hermogène (D. 26. 3. 7. pr. *De confirmando tutore*) nous apprend que cette désignation n'était admise qu'autant que le père avait laissé quelque chose à son fils naturel. Or, un étranger lui-même (Paul, 4. *ibid.*) pouvait désigner le tuteur d'un impubère, lorsqu'il disposait en sa faveur.

En résumé, nous pensons que, ni pour le *jus liberorum*, ni pour les avantages attribués par les lois caducaires à la procréation d'enfants légitimes, on ne pouvait assimiler les produits du concubinat aux enfants nés *ex justis nuptiis*. L'obligation alimentaire entre ces enfants et leur père nous paraît seule ressortir des textes. Il nous semble bien difficile de leur accorder, vis-à-vis de leur père, la *bonorum possessio unde cognati* : ce qui conduirait à leur donner la plainte d'inofficiosité, et, par suite, le droit à une légitime.

E. B.

M. Ortolan a soutenu que les enfants nés *ex concubinatu* avaient un père certain et pouvaient lui succéder par la *bonorum possessio unde cognati*.

M. Bonnier a combattu cette opinion. Pour lui, les enfants nés du concubinat n'ont avec leur père aucune relation légale de parenté.

Nous sommes intimement convaincu que la vérité, au point de vue du droit classique romain, est dans l'opinion de M. Bonnier. Cette manière de voir est déjà ancienne à la Faculté de Paris; nous l'avons recueillie dans les enseignements de M. Pellat; récemment, elle a été exposée d'une façon brillante devant l'Académie des sciences morales, par M. Gide (1).

Nous voulons, non pas rentrer dans la discussion des textes, mais exposer comment nous comprenons la marche des idées et des institutions à travers les âges.

On conçoit un type de législation d'après lequel la seule parenté reconnue serait la parenté par les femmes. La maternité seule est absolument certaine. La paternité est cachée d'un voile (2).

---

(1) De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine. — (2) Giraud-Teulon. *De la mère et de la gynécocratie*. De Portal, *Polit. des lois civiles*, t. I, p. 248 et suiv. *Matrimonium* vient de *mater*.

On conçoit un type de législation dans lequel, à côté de la maternité naturelle, fait susceptible de preuve directe, apparaît la paternité par l'effet d'une reconnaissance volontaire combinée avec l'état de mariage. L'homme a dans sa famille et sous sa puissance les enfants nés de la femme qu'il a agréée et maintenue auprès de lui comme *uxor justa*, et au même titre les enfants qu'il adopte ou adroge. C'est à ce deuxième type que se rapporte la législation romaine.

La paternité, dans ce système, n'est pas, comme la maternité, un fait naturel; elle est une création légale, où la volonté humaine a plus de part que la nature. La phrase *ne cui invito suus heres adgnascatur* indique nettement ce rôle prédominant de la volonté dans la composition de la famille (1). La paternité voulue et cherchée dans le mariage est reconnue comme une des sources de la puissance paternelle, base de la famille civile. La paternité n'existe à sa naissance qu'unie à la *potestas patria*, à laquelle elle sert de fondement. En dehors de l'institution et du développement de la famille par le juste mariage, la paternité demeure dans son obscurité naturelle. La paternité se distingue à peine de la puissance paternelle. Elle ne se distingue de la puissance paternelle, avec laquelle elle naît toujours, que parce qu'elle peut lui survivre. L'adoption peut séparer en effet la puissance paternelle de la paternité. Celui qui donne en adoption abdique la *patria potestas*. Il a été reconnu, il ne cesse pas d'être père; il est appelé *pater naturalis*.

L'homme qui veut avoir de son sang des enfants sous sa puissance, c'est-à-dire attachés à lui par un lien légal de parenté et membres de sa famille civile, choisit une *uxor*. Quel est le trait caractéristique de l'*uxor justa* comparée à toute autre femme à qui l'homme peut s'unir? Rappelons cette interrogation du censeur : *Habesne uxorem liberorum quærendorum causa ex animi sententia?* Avez-vous une femme à qui vous soyez uni dans l'intention que ses enfants soient dans votre famille et sous votre puissance (2)? De toute autre femme, les enfants qui naîtront auront une mère certaine et suivront la condition de leur mère. De paternité légale, pour eux, il n'y en aura pas. Ils seront *spurii, sine patre nati*. La paternité est la conséquence exclusive des *justæ nuptiæ*. *Is pater est quem nuptiæ demonstrant* (3).

Tout, dans les mœurs de cette société différente de la nôtre, s'explique par cette notion à laquelle nous avons à plier notre esprit. La maternité, c'est la nature qui la démontre; elle a été partout reconnue. La paternité, c'est la volonté par le choix d'une

---

(1) L'exposition des enfants est l'abus, la dépravation et en même temps le témoignage de cette idée. HENRIOT. *Mœurs*, t. I, p. 344. QUINTILIEN. *Déclam.* 306. — (2) AULU-GELLE. *Nuits att.* 4. 3. — 17. 21. — HENRIOT. *Mœurs jurid.* t. I, p. 105. — (3) PAUL. fr. 5. DIG. 2. 4. *De in jus vocando.*

uxor justa. Cette paternité légale qui naît et se confond presque avec la puissance paternelle, est une des institutions les plus originales dont Rome se vante d'avoir donné l'exemple. Pour l'homme, avoir une *uxor* ou une *concubina* est le résultat de sa liberté. Le choix se justifie selon les circonstances (1). La *concubina* s'avoue aussi bien que l'*uxor*. Elle peut inspirer une affection durable. Les inscriptions des tombeaux les rapprochent (2). De même pour l'enfant, être *spurius* n'a rien de déshonorant. Il sera, aussi bien que tout autre, élevé aux honneurs par les suffrages de ses concitoyens ou le choix de l'empereur. Le mot *spurius* devenu un prénom n'est point une tache d'origine (3).

Lorsque Auguste, voulant épurer les mœurs, s'est occupé du concubinat, l'a-t-il érigé en une sorte de mariage de second ordre, établissant la paternité sans puissance paternelle? Pourquoi aurait-il enlevé au mariage cette prérogative de démontrer le père? Cela ne répondait pas à son but : *exempla majorum exolescentia reducere, revocare;* il aurait non épuré les mœurs, mais dissous la famille. Non, il a seulement affranchi le concubinat, union fondée sur une affection durable, de la peine édictée alors contre les unions passagères qui étaient d'impurs désordres. *Per leges concubinatus nomen assumpsit; extra legis pœnam est* (4).

Aussi les idées anciennes sur la source de la paternité et de la parenté paternelle sont restées intactes dans les écrits des juris-

---

(1) Suet. *Vesp.* C. 3. Capit. *M. ant.* C. 29. — (2) Orelli, n°s 2691 à 2693. Orelli Henzen, n° 6193 *uxoribus et concubinis*. — (3) Orelli, n° 2686. Il existe toute une série de textes qui, sur un examen superficiel, semblent fournir des arguments en sens contraire. La relation de père à fils ou fille, même en dehors des justes noces, est un obstacle au mariage, est une juste cause d'affranchissement avant l'âge fixé par la loi Ælia Sentia, autorise à intenter une revendication de liberté Paul fr. 14. § 2. Dig. 23. 2. *De ritu nupt.* — Gaius 1. § 19, §. 39. — Ulp. fr. 1. pr. fr. 2. pr. Dig. *De liberali causâ.* 40. 12. Dans ces hypothèses, la paternité naturelle sera recherchée, prouvée, reconnue et productive de quelques effets. — Un seul mot contient la réponse à cette objection. — La relation de père à fils dont il est ici tenu compte, est-ce celle qui s'est formée par suite du concubinat? Non pas exclusivement. Celle qui est la conséquence d'une union entre esclaves a autant de valeur que celle issue d'une union quelconque entre personnes libres. Or il est certain que la parenté entre esclaves est absolument dénuée d'effets juridiques; même après l'affranchissement, elle ne confère en droit classique aucune vocation successorale. *Cognatio servilis nulla est.* Inst. 3. 6. § 10. Donc, d'une part, nos textes ne prouvent rien, parce qu'ils prouveraient trop. Ils ne sont pas spéciaux à la matière du concubinat. Ils embrassent le *contubernium*. D'autre part, s'il est démontré pour la parenté servile qu'elle peut être admise comme constante en fait dans un intérêt d'humanité ou d'honnêteté, sans être le principe de droits positifs à la succession ou à des aliments, pourquoi n'en serait-il pas de même de la paternité issue du concubinat? — (4) Mon. Ancy. *Corp. ins. lat. Berl.*, t. III, II, p. 760. Duruy, *Hist. rom.*, t. III, p. 560, trad. Perrot, n° 8. — Marcianus f. 3. § 1. Dig. 25. 7. *De concubinis*.

consultes postérieurs à Auguste. L'agnation se développe par les mâles, la cognation se développe par les femmes. *Naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur quæ per fœminam descendit... Civilis cognatio... proprie adgnatio vocatur quæ videlicet per mares contingit. Cognati, quos adgnatos lex XII tabul. appellat... sunt per patrem cognati ex eadem familia; qui autem per fœminas conjunguntur cognati tantum nominantur. — Sunt adgnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati... hi qui per feminini sexus personas cognatione junguntur... sunt alias naturali jure cognati* (1).

La première notion, « la parenté civile se développe par les mâles », est facile à comprendre et prouve seulement (ce qui n'est pas douteux) que le mariage légitime ou la puissance paternelle qui en dérive est, avec l'adoption, le fondement des familles agnatiques ou civiles. Elle appelle, par une réciprocité si simple en apparence, la seconde proposition, « la parenté naturelle se propage par les femmes », qu'on ne fait pas attention à celle-ci. Cependant, la seconde maxime a sa valeur, elle a sa portée; car si le concubinat établissait la paternité naturelle aussi bien que la maternité naturelle, elle ne serait plus exacte. La cognation se propagerait par le concubin aussi bien que par la concubine. Le père certain servirait d'union entre ses parents et l'enfant né du concubinat. Or, cela n'est pas. La cognation ne s'étend et ne se ramifie que par les femmes. C'est que, en dehors des justes noces qui créent l'agnation, la paternité n'est pas légalement reconnue.

Au Bas-Empire, les mœurs et les lois changent. La famille est regardée comme une institution naturelle ou même divine. La volonté humaine n'a plus d'empire sur la formation des familles; la paternité s'impose à l'homme comme une conséquence nécessaire de la procréation. Mais sous la même inspiration, il n'y a plus deux sortes d'union permises entre l'homme et la femme. Le mariage, qui élève la femme au rang du mari et donne à la mère une place dans la famille, seul est licite et approuvé. Le concubinat est combattu d'abord, puis interdit. Pour réaliser cet idéal, les empereurs chrétiens essaient de convertir tous les concubinats en justes mariages par l'attrait de la légitimation des enfants, jusqu'au jour où Léon le Philosophe abolit le concubinat.

Dès que la légitimation des enfants naturels est introduite par Justinien d'une façon permanente dans la législation, et pendant la période de transition qui s'écoule jusqu'à la prohibition du concubinat, une conséquence notable se produit. Les enfants du concubinat ont un père certain, et une séparation profonde s'établit

(1) MODEST. f. 4. § 2. PAUL. fr. 10. § 2. DIG 38. 10. *De gradibus*. GAIUS. *Com.* I. § 156.



entre les divers enfants nés hors mariage. Les uns, nés d'un concubinat, peuvent être légitimés par leur père; ils sont nommés enfants naturels (1). L'expression *spurii* ne désigne plus que les enfants nés d'une union réprouvée et punissable.

On trouve dans les textes de cette époque, antérieurs à l'abolition du concubinat, l'expression *matrimonium sine honesta celebratione, consortium,* pour désigner le concubinat, ἡμιγαμος pour désigner la concubine (2). Cette union qui n'élève pas la femme aux honneurs de la condition de l'homme, est un demi-mariage. Elle constitue, elle aussi, une famille et des relations de parenté du côté du père et du côté de la mère. Mais cette famille est privée du caractère et des avantages de la légitimité. Voilà des idées nouvelles qu'il ne faut point, par anachronisme, attribuer au droit ancien.

Aussi Justinien ne tarde-t-il pas à attacher à la filiation et à la paternité naturelles, comme conséquences, des obligations alimentaires, des droits de succession et des incapacités de recevoir au delà d'une quotité (3). Ces innovations seules suffiraient à prouver que jusqu'alors la paternité naturelle ne motivait ni droit à des aliments ni droit de succession. Une parenté par mâle sans légitimité est maintenant reconnue, mais placée dans une condition inférieure à la paternité légitime. Le concubinat est une faute, et les enfants souffrent de la faute de leurs parents. C'est le point de départ du droit actuel.

Telles sont à nos yeux les phases traversées par le concubinat. En un seul point, nous nous écarterions des idées émises ou du langage employé par M. Gide. A l'époque classique, a dit notre collègue devant une assemblée quelque peu surprise, le *concubinatus* ressemble déjà au concubinage de nos jours; c'est un fait naturel, en dehors des lois, qui ne le reconnaissent pas, qui ne le punissent pas. Il était inutile d'inventer un mot spécial, concubinat. Servons-nous du terme concubinage pour désigner ce fait qui n'était pas plus une institution, mais qui n'était pas plus punissable qu'il ne l'est aujourd'hui. — Ce rapprochement ne nous semble pas exact, parce que les idées et les jugements de l'opinion ont changé avec le temps. Notre collègue le reconnaît, mais il n'en tire pas toutes les conséquences. Le Romain qui, à raison de circonstances dont il était juge, prenait une *concubina* et non pas une *uxor,* usait de sa liberté et pouvait n'encourir aucune censure de l'opinion. Cela tenait, non pas à ce que la morale antique était plus indulgente, mais à la manière de concevoir la famille comme une œuvre de volonté. Nos mœurs sont différentes; elles sont plus sévères. Elles ne permettent à l'homme et à la femme qu'une

(1) De naturalibus liberis. C. 5. 27. Point de titre correspondant dans le Dig. —(2) Cod. Théod. Hoenel. L. 7. lib. IV, tit. 6. — Giraud, *Journal des savants*, 1880, p. 176 et suiv. — (3) Nov. 18. C. 5. Nov. 87. C. 12.

union honnête, union dont les relations de parenté et de famille sont la suite nécessaire. Le concubinage est flétri; il est considéré non comme un acte de liberté, mais comme un désordre, et les concubins essaient presque toujours de passer pour mariés, afin d'échapper à cette réprobation. Il est sage, à notre avis, d'accuser cette différence par l'emploi de mots distincts : concubinat, concubinage.

J. E. L.

APPENDICE IV. (N° 203.)

DE LA CAPITIS MINUTIO

L'état juridique du citoyen romain se compose de plusieurs qualités ou relations dont les principales sont la liberté, la cité, (la gentilité ou) l'agnation. Nous connaissons les causes diverses qui entraînent la perte d'un de ces éléments de l'état. Ces causes peuvent enlever le lien d'agnation, respecter le droit de cité et à plus forte raison la qualité d'homme libre. La perte subie dans l'état est donc plus ou moins grave; néanmoins, et cela est remarquable, toute perte d'un des éléments de l'état a un caractère et un effet uniques et constants. Que le citoyen perde la liberté ou seulement l'agnation, il subit un événement de même genre. L'expression employée est toujours la même : *capite minuitur*. Les conséquences de cette *capitis minutio* sont, dans tous les cas, les mêmes; notamment il est libéré de ses dettes contractuelles : *per capitis minutionem liberatur* (1).

Il ne faut donc pas confondre les causes qui engendrent la *capitis minutio* avec les effets qui en résultent. Les causes varient; elles sont plus ou moins graves. C'est par la considération des causes, inégales en gravité, que l'on peut expliquer les expressions *capitis minutio maxima*, *media*, *minima*. Le résultat est identique et se caractérise par ces mots invariables *capite minutus*. Il est d'ailleurs évident que la perte de la liberté, de la cité, de l'agnation, ne saurait être considérée comme effet de la *capitis minutio*, puisque la *capitis minutio* en est la conséquence. Cette observation faite, nous pouvons dire que la *capitis minutio*, qu'elle soit qualifiée de *maxima*, de *media* ou de *minima*, est identique et simple dans son essence et dans ses effets. Quel est donc son caractère essentiel?

M. de Savigny n'a pas réussi à faire admettre que le trait caractéristique de toute *capitis minutio* fût une dégradation d'état,

---

(1) Gaius. 3. § 84.

une diminution de capacité. Les textes lui étaient trop contraires.

L'idée qui traduit le mieux la *capitis minutio* et qui explique le mieux l'évanouissement des dettes contractuelles, est celle-ci : L'individu voit s'éteindre en lui la personnalité civile dont il était doué; il meurt au point de vue du droit, au regard de la loi positive, sauf à renaître dans une autre position, dans une autre cité, dans une autre famille. Cette notion est généralement admise (1); pour être bien comprise, elle appelle, suivant nous, quelques développements. Comment les Romains ont-ils été amenés à voir toujours l'équivalent de la mort dans des changements d'état d'inégale importance?

L'esprit humain aperçoit, au début, les qualités extérieures avant de pénétrer jusqu'à l'essence des choses. Il a vu dans l'homme, moins l'homme même en son unité, que les rôles ou fonctions qu'il remplit. En outre, tout législateur primitif croit créer ce qu'il invente, c'est-à-dire découvre. Le droit positif a précédé de beaucoup la révélation, la constatation du droit naturel. Séparé du type dont il ne doit être que le reflet, il prend l'apparence d'une institution arbitraire. La volonté se croit maîtresse et pose des principes que la raison plus éclairée démontre ensuite contraires à la nature de l'homme.

Arrivons à une application plus précise de ces idées.

L'homme est apparu, non comme un être ayant une existence et une capacité propres et permanentes, susceptible de revêtir des qualités diverses et successives sans cesser d'être lui-même, mais comme le membre d'une famille, comme le membre d'une cité. Le législateur (qui était alors la coutume, la volonté commune des hommes vivant en société) a reconnu des droits, imposé des devoirs à l'agnat, au citoyen; il a reconnu une personnalité juridique à l'agnat, au citoyen, non à l'homme qui échappait à ses regards, qui était une abstraction encore insaisissable. La famille, l'État compte des membres qui, en tant que tels, ont une situation, des relations, contractent des obligations que le droit sanctionne.

Il est même à croire que, dans cette organisation primitive, tout était d'abord perpétuel et immuable, en ce sens que le citoyen était destiné à vivre et à mourir dans sa cité d'origine, l'agnat dans sa famille.

Afin de perpétuer les familles, malgré l'absence d'une progéniture mâle, l'adoption est inventée. Elle se plie à des idées préconçues; elle est admise, non comme le passage d'une situation dans une autre, comme un changement de qualités dans un être qui dure, mais comme une sorte de novation qui éteint le passé et crée un rapport nouveau. L'adopté est rattaché à sa nouvelle famille comme s'il y était né de justes noces. La puissance pater-

(1) M. Accarias. *Précis*, t. Ier, n° 177.

nelle ne se transmet pas. L'ancienne puissance est anéantie. La puissance de l'adoptant découle d'une naissance supposée.

Ce qui est vrai de la puissance paternelle, est vrai de la personnalité de l'adopté. Il existait dans une famille un agnat qui avait des droits, des devoirs, une existence. Cet agnat a disparu. Il existe maintenant dans une autre famille un agnat de plus qui y est comme né. Entre ces deux agnats, entre ces deux existences, il n'y a rien de commun, une existence juridique a cessé, une existence distincte commence.

Le même phénomène se présente avec plus de vraisemblance encore dans le changement de cité, qui devait être plus rare. La cité a perdu ou exclu un de ses membres, lequel a passé dans une cité rivale. Reconnaîtra-t-elle dans cet individu, devenu étranger ou ennemi, son ancien concitoyen? Non; celui-ci est mort pour elle. Il ne tiendra désormais une personnalité et des droits que de la loi à laquelle il est soumis.

Dans cette manière de voir, l'unité de l'existence humaine est rompue. L'homme est investi d'autant de personnalités successives qu'il occupe une place dans des familles ou dans des cités différentes. Les obligations contractées se rattachent, non à l'homme qui est inconnu, mais à l'agnat, au citoyen qui a été érigé en une personne. L'extinction de personnalité entraine et explique l'évanouissement des dettes dans chaque changement, qui pour nous est une transition, et qui pour les anciens était une novation, un renouvellement d'état et de personne.

Cette vieille institution de la *capitis minutio* renferme la négation des vérités reconnues par le droit moderne. L'homme, par sa nature, a une aptitude au droit. Il a une personnalité juridique par cela seul qu'il a une personnalité humaine. De sa naissance à sa mort, il constitue un être unique, responsable de ses actions, tenu de ses promesses. Il poursuit une existence dont l'unité n'est pas brisée par la diversité des situations changeantes qu'il occupe dans la famille, dans l'État, dans la société des hommes.

Cette unité et cette permanence de l'existence et de la capacité naturelles à l'homme ont été méconnues par le droit romain du premier âge.

Dans une matière, pourtant, le législateur a été rappelé à la vérité, c'est en matière de délits. L'irresponsabilité des délits serait si funeste à la société que le législateur, pour assurer leur répression, a été forcé par le mal à confesser l'identité de la personnalité humaine, qu'il niait arbitrairement en vue d'actes licites : *nemo delictis exuitur quamvis capite minutus sit* (1).

De même l'affranchi est en général considéré comme *homo novus*. Comment avouer qu'un homme libre, un citoyen soit un

(1) Ulp. f. 2. § 3. Dig. 4. 5. *De capite minutis.*

esclave transformé! Mais on se souvient de son origine pour la punition et la réparation de ses méfaits : *noxa caput sequitur* (1).

La *capitis minutio*, cette institution étrange, a fait partie de la législation romaine, à son origine. Elle dérivait sans doute de coutumes antérieures, mais dès que l'esprit juridique est parvenu chez les Romains à sa maturité, à son originalité, il a pris à tâche de réagir contre les effets iniques de cette extinction de personnalité qui précède la mort. C'est l'œuvre à laquelle s'est attaché le préteur.

Cette réaction se montre sous deux aspects principaux :

1° Au point de vue des dettes contractuelles éteintes après toute *capitis minutio*. Le préteur restitue les créanciers contre l'extinction des dettes contractuelles. Il donne action utile aux créanciers, afin qu'ils soient payés au moins sur les biens qui appartenaient au *capite minutus* et qui étaient leur gage dans le sens large du mot (2).

L'hypothèse de l'émancipation est réglée un peu différemment. Les biens acquis antérieurement par l'émancipé restent confondus dans le patrimoine paternel. Ils n'ont jamais été le gage des créanciers du fils, qui, en s'obligeant, ne saurait obliger son chef de famille. L'émancipé sera poursuivi, par ses créanciers antérieurs secourus par le préteur, sur les biens nouvellement acquis, mais seulement sur ces biens et dans la mesure de ce qu'il sera en état de payer, sans être donc exposé à l'emprisonnement pour dette (3).

2° Au point de vue de la perte des droits héréditaires attachés à l'agnation. Le préteur, dans l'attribution de la *bonorum possessio*, traite celui qui a été, par la naissance en justes noces, au nombre des héritiers siens du *de cujus*, qui a perdu cette qualité par une cause quelconque entraînant *capitis minutio*, et qui est citoyen romain au moment de l'ouverture de la succession, comme s'il était encore au nombre des héritiers siens, à moins qu'il n'ait à cette même époque les droits d'héritier sien dans une autre famille (4).

Les dispositions du droit prétorien prouvent que le progrès des idées juridiques avait fait réprouver l'extinction de personnalité civile emportant libération des dettes ; — et la composition arbitraire de la famille romaine, dont les rapports de parenté, quoique fondés sur le sang, étaient susceptibles d'être rompus par une cause purement civile.

Le génie juridique romain, affranchi de l'autorité des cou-

(1) INST. 1. 16. § 4. PAUL. f. 27. § 1. DIG. 34. 4. *De ad. leg.* INST. 4. 8. § 5. PAUL. *Sent.* 2. 31. § 8. — (2) INST. de Gaius. 3. § 84. INST. de Just. 3. 10. § 3. Comp. ULP. fr. 2. pr. et § 1. DIG. 4. 5. *De capite minutis.* PAUL. fr. 7. § 2. § 3. DIG. *eod.* — (3) ULP. f. 2. pr. DIG. 14, 5. *Quod cum eo qui in alien. pot.* — (4) INST. liv. 2. 13. § 3. liv. 3. 1. § 9, § 10, § 11. V. *Explic.* n° 708-1008. ULP. *Reg.* tit. 28, § 8. ULP. fr. 1. § 9. HERMOG. fr. 2. DIG. 37. 4. *De bon. poss. c. tabul.* ULP. f. 1. § 6. DIG. *Si tab. test. nul. extab. unde liberi.*

tumes primitives, a repoussé le principe de la *capitis minutio* (1).

En nous plaçant au point de vue du droit classique, nous avons pu dire avec exactitude : Les causes de *capitis minutio* sont multiples; elles varient de gravité. Les effets sont les mêmes; cette identité des effets de la *capitis minutio*, quelle qu'en soit la cause, prouve que la *capitis minutio* a une nature constante : suivant nous, elle est dans tous les cas extinctive d'une personnalité.

Nous avons cité, parmi ses effets, la libération des dettes contractuelles. La *capitis minutio* avait encore pour effet l'extinction des servitudes personnelles.

Sous ce rapport, Justinien a changé l'harmonie du système. De son temps, la *minima capitis minutio* ne fait plus périr les servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage. L'empereur mutile une fois de plus une institution que le préteur avait combattue. Il fait prévaloir sur la logique la volonté probable des parties. Il constate que pour soustraire l'usufruit légué ou constitué à l'extinction par la *minima capitis minutio*, les parties le subdivisaient habituellement en une série de droits limités chacun à un jour, un mois ou une année; de telle sorte que les nouveaux droits qui s'ouvraient après le changement de famille profitaient à la personne gratifiée ou investie dans sa nouvelle position. Voyant dans cette habitude l'indice de l'intention probablement constante des parties, Justinien décide que les servitudes personnelles ne périront point par la *minima capitis minutio* du titulaire (2).

---

(1) Aussi n'est-il traité de la *capitis minutio* au Digeste que dans le livre 4 consacré aux *restitutiones in integrum*, c'est-à-dire à propos du procédé prétorien qui renverse ses effets. — (2) Inst. 2. 4. § 3. *Explic.* n° 488. Comp. *F. Vatic.* § 64. Ulp. f. 3. pr. Dig. 7. 4. *Quib. mod. ususf. amit.* Nous avons, d'accord avec les interprètes les plus autorisés, expliqué la libération des dettes contractées par le *capite minutus*, en la faisant découler d'une extinction de personnalité.

Mais cette même cause n'aurait-elle pas dû entraîner l'extinction des créances? Cette question se présente au cas où la *capitis minutio* frappe celui qui était *sui juris*, capable d'avoir des droits, notamment au cas d'adrogation. Le *capite minutus* est en quelque sorte mort sans héritier. En pareil cas, les créances, qui ne peuvent passer d'une personne à une autre, devraient s'éteindre. La propriété subsiste, on en est moins étonné, elle peut passer d'une personne à une autre; mais il n'en est pas de même du droit de créance. Or les créances sont, comme la propriété, acquises à l'adrogeant. Gaius. 3, § 83.

C'est à nos yeux un point très-embarrassant.

Voici une explication :

L'adrogé perd la personnalité dont il était jusque-là investi; mais l'existence nouvelle qu'il commence est censée découler d'une naissance en justes noces de l'adrogeant. Les contrats qu'il a conclus, même avant l'adrogation, produisent au profit de l'adrogeant les effets qu'ils auraient produits si l'adrogé avait été déjà sous la puissance de l'adrogeant.

Aussi l'adrogeant est-il tenu des dettes nées d'un fait de l'adrogé, antérieur à l'adrogation, lorsque, s'il avait eu la puissance paternelle à cette époque, il en serait tenu, nous voulons parler des dettes héréditaires.

Ce motif n'est pas tout à fait satisfaisant. Il n'a pas une portée générale. Il faut peut-être se résigner à ignorer.

APPENDICE V. (N° 246.)

DE L'ACCEPTATION D'UNE HÉRÉDITÉ ÉCHUE A UN PUPILLE.

La plupart des auteurs expliquent l'interdiction pour le pupille d'accepter une hérédité sans l'autorisation de son tuteur par le danger qu'il ne se présente des dettes imprévues. Quelques-uns proposent même de lire dans les Instituts de Justinien (§ 2. *De auctor. tutor.*) et dans le texte correspondant d'Ulpien au Digeste (D. 26. 7. 9. § 3) : *ne ullum damnum habeat*, au lieu de *nec ullum damnum habeat*. M. Demangeat (tom. I, p. 387) fait de plus remarquer que le pupille fait toujours sa condition pire, en s'obligeant, ne fût-ce qu'à payer les frais funéraires. On pourrait lui répondre à la rigueur que le défunt pourrait y avoir lui-même pourvu à l'avance, les anciens préparant quelquefois leur tombeau.

Mais ce n'est point se placer au véritable point de vue de la question que de se borner à faire ici une application du principe qui ne permet point que le pupille non autorisé soit lié par un acte à titre onéreux. S'il en était ainsi, la décision des Instituts ne serait qu'une application pure et simple du droit commun : le pupille pourrait se prévaloir de son adition, si elle lui était profitable; la faire tomber, si elle lui était nuisible. Mais Justinien, après avoir posé le principe général sur les actes du pupille non autorisé, nous signale une exception : *neque tamen hereditatem adire*, etc.

M. Ortolan se place sur le véritable terrain, en faisant remarquer que l'adition d'hérédité n'est point un acte double comme l'*emptio venditio*, mais un acte unique, indivisible, pour lequel il faut avoir, non pas seulement *aliquem intellectum*, mais une pleine connaissance, *animi judicium*, qui fait défaut à l'impubère. D'où la conséquence que l'adition, péchant par sa base, se trouve frappée d'une nullité absolue. Nous pensons compléter sa doctrine en ajoutant que le motif principal de cette décision n'est point, comme on semble le supposer, le défaut de maturité du pupille, qui ne lui permet point de peser les avantages et les dangers de l'acceptation, bien que ce motif soit donné dans un autre texte d'Ulpien (D. 29. 2. 8. pr.). S'il ne s'agissait que de protéger le pupille, il suffirait de lui accorder l'option, qui lui appartient de droit commun, entre le maintien et l'annulation de l'acte. Dans les idées des Romains, on ne saurait assimiler l'acceptation d'une hérédité à un simple contrat à titre onéreux. C'est une sorte d'engagement social, c'est la continuation de la personne, c'est, dans le droit primitif, l'obligation aux *sacra, quorum illis temporibus summa observatio fuit*, nous dit Gaius (Com. II. § 55). Voilà comment peut s'expliquer, à notre avis, la nullité absolue de l'adition faite par le pupille non autorisé.

E. B.

APPENDICE VI. (N°s 233, 262.)

DE LA TUTELLE.

La tutelle présente quelques caractères généraux qu'il importe de préciser.

Nous ne parlerons que de la tutelle des impubères.

Les mœurs romaines ont promptement, sinon rejeté le principe, du moins énervé les effets de la tutelle perpétuelle des femmes. La femme romaine a recueilli de la monogamie l'avantage du respect. Par sa moralité d'abord, par son énergie toujours, elle a exercé sur son mari, sur ses enfants, une influence en désaccord avec la soumission à une tutelle perpétuelle (1).

La tutelle est un pouvoir de protection. L'origine du mot, la définition des Instituts le démontrent.

Les Instituts se servent du mot *potestas*, mais ce mot a ici un sens bien différent de celui qui lui appartient dans les expressions *potestas patria*, *potestas dominica*. La puissance paternelle ou dominicale rend celui sur qui elle s'exerce, *alieni juris*, et le prive du droit d'avoir un patrimoine. Elle crée et maintient l'unité dans la famille. La tutelle se réfère à la protection d'une personne *sui juris*, d'un *paterfamilias*, c'est-à-dire d'une personne indépendante de toute puissance et capable d'avoir l'une ou l'autre puissance sur d'autres.

La tutelle convient à la protection de ceux qui, doués de quelque intelligence et de la faculté de vouloir, ne sont pas pleinement capables de se gouverner. Telle est la situation habituelle de l'impubère chez qui, d'année en année, l'intelligence se développe.

La mission primitive et principale du tuteur est de donner, pour les actes de nature à diminuer le patrimoine, une autorisation qui corrige l'incapacité, qui habilite en augmentant et en complétant une capacité naturellement imparfaite (2).

Cette idée deviendra plus claire par une double opposition.

a) Le pupille a des intérêts de deux sortes; — des intérêts moraux : son éducation appelle des soins d'une nature particulière; — des intérêts pécuniaires : puisqu'il a un patrimoine.

Le tuteur est-il chargé du soin de l'éducation? Non, en tant que tuteur. Le magistrat est toujours, quel que soit le mode de dévolution de la tutelle, autorisé à déterminer, après avoir pris l'avis des parents, chez qui le pupille demeurera et par qui il sera élevé (3).

Cette disposition, qui sépare de la tutelle l'éducation et la garde,

---

(1) Gide. *De la condit. privée de la femme*, p. 153 et suiv. — (2) Le tuteur d'une femme pubère n'a jamais eu que cette mission, *auctoritatem praestare*. Gaius, c. 1, §§ 191, 192. — (3) Dig. *Ubi pupillus educari vel morari debeat*, 27. 2.

est très-sage. Il est regrettable qu'elle ne soit pas reproduite dans notre Code civil. La tutelle est un office viril. Souvent, surtout pour une jeune fille impubère, une parente sera la personne à qui le plus convenablement la garde sera confiée.

Le tuteur doit veiller à la préservation des intérêts pécuniaires : cependant les Instituts disent qu'il est donné à la personne (1). Comment l'entendre? Il est donné à la personne juridique, à la personne qui, ayant un patrimoine, n'est point, en raison de son âge, capable de faire, seule, les actes juridiques les plus graves.

L'autorisation du tuteur doit accompagner et rend valables les actes par lesquels le pupille fait sa condition pire, c'est-à-dire diminue son patrimoine.

b) Mais il existe dans la pupillarité des périodes pendant lesquelles le pupille est absolument incapable ou empêché de figurer dans les actes juridiques que nécessite la gestion de sa fortune (2). *Infans*, c'est-à-dire suivant nous jusqu'à sept ans (3), il n'a pas de raison et ne diffère pas d'un insensé au point de vue de la capacité juridique (4). Même sorti de l'*infantia*, le pupille peut, pour différentes causes, notamment pour ses études, être retenu loin des lieux où sont ses biens et où doivent se traiter ses affaires. Si donc il est *infans* ou *absens*, comment son tuteur pourvoira-t-il à la conservation de sa fortune?

Le tuteur a toujours été libre d'entreprendre, comme le peut faire l'ami d'un absent, la gestion des affaires concernant les biens de son pupille, et de très-bonne heure une action a été introduite pour forcer le tuteur à rendre compte de sa gestion. *Actio tutelæ*.

Mais, dans le principe, le tuteur n'était pas tenu de gérer; s'il s'abstenait de le faire, si, n'accomplissant aucun acte seul et pour compte du pupille, il attendait l'occasion de *interponere auctoritatem*, il n'était pas responsable des conséquences. Par contre, il n'avait pas d'action (au moins spéciale) pour réclamer l'indemnité des pertes qu'il pouvait avoir subies dans une gestion toute spontanée de sa part.

Ce droit primitif, qui met bien en relief la mission essentielle du tuteur, *auctoritatem præstare*, a été changé par trois innovations qui se motivent l'une l'autre. — Le devoir de gérer et d'administrer a été imposé au tuteur, et des moyens ont été pris pour l'y contraindre (5). — Le tuteur, qui n'avait pas administré et qui, par son incurie, avait compromis les intérêts du pupille, a été soumis à une responsabilité sanctionnée par l'action de tutelle étendue *utilitatis causa* (6). — Le tuteur a reçu une *actio tu-*

(1) INST. l. I, tit. 14. § 3. — (2) ULP. f. 2. DIG. *De adminis. tut.* 26. 7. — (3) THÉOD. ET VALENT. l. 18. C. *De jure deliber.* 6. 30. *Si infanti* (*id est minori septem annis*)... Comp. Expl. nos 235. 238. — (4) INST. l. 3. tit. 19. § 10. — (5) INST. l. I. tit. 20. § 3. — (6) ULP. f. 4. § 3. DIG. *Rem. pup. vel adol. salv. fore.* 46.

telæ contraria pour demander la restitution de ses avances et l'indemnité de ses pertes (1). La règle romaine, d'après laquelle celui qui contracte une obligation pour autrui s'oblige personnellement et est exposé à poursuite sur ses biens, sauf compte entre lui et le *dominus negotii*, explique pourquoi le devoir de gérer a été tardivement imposé au tuteur et, en même temps, fait comprendre l'utilité de l'action contraire de tutelle (2).

Nous avons opposé l'*auctoritatis interpositio* à la *negotiorum gestio*, deux modes selon lesquels le tuteur remplit ses fonctions.

En fait, progressivement, par la force des choses, il est devenu de plus en plus rare que le pupille figurât dans les actes juridiques avec autorisation de son tuteur. Un régime d'éducation s'accommode mal avec la nécessité de la présence du pupille en tel ou tel lieu, en tel ou tel temps, selon les exigences des affaires. Le tuteur a pris et géré seul l'administration des biens. Aussi le titre *de administratione tutorum* au Digeste est-il beaucoup plus important que le titre *de auctoritate tutorum*. Les innovations prétoriennes en ce qui concerne la représentation ont facilité le changement.

Après avoir parlé des fonctions du tuteur, ou pour mieux dire des deux manières dont il remplit ses fonctions, du double fonctionnement de la tutelle, nous devons émettre un mot sur l'étendue des pouvoirs qui lui sont accordés. Ce sont deux sujets distincts. Il est à croire que l'idée de limiter les pouvoirs du tuteur s'est surtout développée lorsqu'on a vu le tuteur agir et administrer comme un gérant d'affaires, presque comme un mandataire. Mais les limites une fois tracées ont été applicables, de quelque façon que le tuteur procédât à la sauvegarde des intérêts du pupille, soit en lui donnant son autorisation, soit en gérant à sa place

Peut-être dans l'origine aucune limitation n'avait-elle été établie. Le pupille, autorisé de son tuteur, était réputé une personne pleinement capable.

Bientôt on est entré dans une voie plus prudente. Les donations ont été interdites. La distinction entre un acte de libéralité et les actes à titre onéreux est celle qui en général détermine les pouvoirs d'un administrateur de la fortune d'autrui, d'un *procurator omnium bonorum cui libera administratio commissa est*, d'un fils de famille ou d'un esclave ayant obtenu la concession d'un pécule profectice (3).

---

(1) Ulp. f. 1. pr. Dig. *De contr. tut.* 27. 4. — (2) Voy. l'appendice sur la représentation à la suite du liv. 3 des Institutes. — (3) Paul. f. 22. Dig. *De adminis. tut.* 26. 7. — Paul. f. 58. Dig. *De proc.* 3. 3. — Ulp. f. 7. pr. Dig. *De donat.* 39. 5. — Comp. Modest. f. 63. Dig. *De proc.* 3. 3. Vinnius. *Quæst. sel.* l. I, c. 9. La distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition ou d'aliénation a pris en droit français une importance, une netteté qu'elle n'avait pas en droit romain.

Puis d'autres restrictions ont été apportées aux pouvoirs des tuteurs et curateurs. La plus notable est celle qui, découlant d'un sénatus-consulte rendu sous Septime Sévère, défend l'aliénation des immeubles ruraux ou suburbains (1).

D'un autre côté, le recouvrement et le placement des sommes dues au pupille ou au mineur de 25 ans ont été subordonnés à des mesures préventives, pleines de sagesse, et que notre Code civil a eu tort de ne pas conserver ou imiter (2).

Les Romains ont admis la pluralité de tuteurs pour un même pupille. Ils en ont tiré des conséquences pratiques très ingénieuses.

a) La pluralité offre un surcroît de garantie pour le pupille et répond, d'une façon plus efficace, au but que poursuit notre législateur par la subrogée-tutelle.

Sous l'approbation du magistrat, — ou la gestion de la tutelle est confiée à un seul des tuteurs; les autres surveillent *observatores et custodes actus* et sont subsidiairement responsables (3); — ou l'administration est divisée entre les tuteurs, divisée soit par région d'après la situation des biens, soit par nature d'affaires. Chacun doit compte de sa part dans l'administration divisée; mais chacun doit encore exercer une certaine surveillance sur la conduite des autres, et sa responsabilité dépasserait les bornes de son département s'il avait négligé de provoquer la destitution d'un collègue infidèle ou manifestement incapable (4).

Ainsi se trouvent, dans la plupart des cas, conciliés les avantages de la pluralité, qui augmente la garantie, et de l'unité de vues, favorable à une administration active et prospère.

b) La pluralité de tuteurs a permis d'atténuer les inconvénients de la règle nécessaire, mais gênante : *nemo auctor in rem suam esse potest.* Lorsque l'un des tuteurs a l'occasion de conclure un contrat avec le pupille, il peut le faire et devenir créancier, pourvu que le pupille soit autorisé par un autre tuteur (5).

Cette faculté, restreinte en droit classique à la double catégorie

---

(1) Dig. *De reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* 27. 9. — (2) Ulp. f. 5. pr. f. 7. § 3. § 7. Dig. *De adminis. tut.* 26. 7. Inst. l. 2. tit. 8. § 2 à partir de *at ex contrario.* — (3) Notez l'exemple d'un bénéfice de discussion bien antérieur à la nov. 4 Ulp. f. 3, § 2. Dig. *De adminis. tut.* 26. 7. — (4) Papin. f. 12. Dig. *Rem pup. salv. fore* 46. 6. Carinus et Num. l. 12. C. *De divid. tut.* 5. 52. — (5) Ulp. f. 5. pr. et § 2. Dig. *De auct. tut.* 26. 8. — Faut-il borner cette faculté au cas, assez rare, où les tuteurs exercent leurs fonctions ensemble et sans division? Arg. Pomp. f. 4. Dig. *eod.* Nous sommes dans le doute, à cause du silence gardé par Ulpien dans les deux passages précités. Pomponius, qui exige l'autorisation du tuteur chargé de la gestion, suppose un contrat avec un tiers étranger à la tutelle. Il n'y a, en ce cas, aucun empêchement légal à ce que l'affaire soit examinée et approuvée par le tuteur dans le département duquel elle rentre. Faut-il étendre sa décision à l'hypothèse où le tuteur, compétent pour autoriser, en est empêché par une contrariété d'intérêts, étant lui-même l'adverse partie du pupille?

des tuteurs qui inspirent le plus de confiance (les tuteurs testamentaires et les tuteurs institués par un magistrat supérieur après enquête) (1), se trouve généralisée, rendue applicable aux tuteurs de toute origine par une innovation de Justinien, qui déclare l'autorisation d'un seul tuteur suffisante, — si ce n'est pour des actes qui, comme l'adrogation, emportent cessation de la tutelle (2).

J. E. L.

APPENDICE VII (N° 269).

DE LA CURATELLE.

La curatelle des pubères mineurs de vingt-cinq ans offre des singularités qui provoquent quelques explications.

Le pubère mineur de vingt-cinq ans ne reçoit de curateur que sur sa demande : *Inviti adolescentes curatorem non accipiunt* (3).

Conçoit-on qu'un législateur attende qu'un incapable avoue et reconnaisse son incapacité pour le protéger contre ses faiblesses ou ses entraînements ?

Modestin nous dit que les adultes pourvus de curateurs peuvent valablement s'obliger sans l'assentiment de leurs curateurs : *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari* (4).

A quoi bon leur donner des curateurs s'ils continuent à pouvoir, négligeant ou méprisant l'avis de leurs curateurs, rendre de leur seule volonté leur condition pire ?

Ces étrangetés trouvent leur solution dans un développement historique, rendu très-vraisemblable par l'examen comparatif de textes de dates différentes.

Les pubères sont pleinement capables d'après un droit ancien conservé par la loi des XII tables. Le développement intellectuel est considéré comme parallèle au développement du corps. D'ailleurs ce principe a été atténué par la faculté laissée à la famille de fixer, à partir de quatorze ans, l'âge où chaque individu sortira de l'impuberté par la prise solennelle de la robe virile. *Vesticeps* est synonyme de *pubes* (5).

Tel est le point de départ de la législation.

On reconnaît plus tard que jusqu'à vingt-cinq ans l'imprudence de l'âge est telle que des tiers peuvent en abuser à leur profit. Une loi Plætoria ouvre une action populaire, édicte une peine contre ceux qui auront abusé de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans.

---

(1) ULP. *Reg.* tit. 2. § 26. — (2) JUSTIN. l. 5. Cod. *De auct. præst.* 5. 59. — (3) INST. l. 24 *De curat.* § 2. ALEX. L. 6. Cod. 5. 31. *Qui petant curat.* — (4) MODEST. f. 101. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* — (5) INST. L. 22. *Quib. mod. tut. fin.* pr. THÉOPH. *paraph.* eod. AULU-GELLE. *Nuits att.* 5. 19.

Cette loi curieuse est un exemple de ces lois anciennes qui, sans oser annuler un acte qui a les conditions essentielles et normales de validité, la volonté, la forme, essaient de détourner de l'accomplir d'une façon malhonnête par la menace d'une peine. La fraude était punie : l'acte subsistait (1).

Le préteur a ensuite employé pour la protection des mineurs le procédé de la *restitutio in integrum*. Il a dans son édit posé cette règle : tout mineur de vingt-cinq ans qui se prétendra lésé, dans un acte valable, par un effet de son défaut d'âge, pourra solliciter son rétablissement dans l'état antérieur (2).

Ce moyen de protection est très-énergique et d'une très-large application. Sans doute le magistrat ne tiendra pas compte d'un préjudice fortuit qu'un majeur aurait également souffert (3); mais les tiers n'en sont pas moins presque toujours menacés de voir rescinder l'acte qu'ils ont conclu avec le mineur. Ils sont dans une incertitude déplorable. On discute, on examine; on ne réussit pas toujours, même entre hommes expérimentés, à déterminer de la façon la plus équitable, parfaitement égale, les éléments d'un contrat, d'une aliénation, d'un échange de valeurs. Celui qui contracte avec un *adulte* (un pubère mineur de vingt-cinq ans) a toutes les chances contre lui. S'il s'est trompé à son détriment, l'acte sera maintenu; si la balance penche à son avantage, l'acte sera rescindé. La bonne foi, la loyauté du majeur est indifférente.

La protection du mineur est complète. Elle est exagérée. Elle fait peser sur la tête des tiers une menace si dangereuse que ceux-ci doivent s'abstenir de traiter avec un mineur (4).

Il y a pourtant des affaires qui vous mettent inévitablement en relations avec un mineur : le compte de tutelle à rendre à l'ex-pupille; un paiement à faire à un mineur héritier du créancier; un procès à soutenir. Dans ces cas, le tiers a été autorisé à provoquer la nomination d'un curateur, qui s'impose à l'adulte (5).

Pour tous les autres actes, les tiers sont libres et peuvent s'abstenir; s'ils traitent avec un mineur, c'est à leurs risques.

Ce système avait des côtés défectueux. L'adulte *sui juris* a un patrimoine, des biens à louer, il lui importe de trouver des locataires ou des fermiers, — des biens, des récoltes à vendre; il lui importe de trouver des acheteurs, — des valeurs à placer; ou bien encore il a besoin d'emprunter; qui aura confiance? Il peut souffrir gravement dans son intérêt de l'éloignement des tiers, sur-

---

(1) Von Ihering. *Esprit du droit romain*. trad. de Meulenaere, t. IV, p. 107 et suiv. Comp Paul. fr. 7. § 1. Dig. 44. 1. *De except.* — (2) Ulp. f. 1. § 1. Dig. 4. 4. *De min. vig. q. annis*. Paul *Sent.* 1. 7. *De integ. restit.* § 2. *ex his causis quæ per infirmitatem ætatis gesta esse dicuntur.* — (3) Ulp. f. 11. § 4. Dig. 4. 4. — (4) Paul. f. 24. § 1. Dig. 4. 4. — (5) Inst. 1. 23. § 2. *in fine*. Anton. l. 1, Gord. L. 7. C. 5. 31. *Qui petant curat.*

tout des plus scrupuleux, de ceux qui ne savent pas se faire indemniser d'avance des chances à courir (1).

Marc-Aurèle a voulu, en calmant la crainte des tiers, pourvoir à l'intérêt des adolescents, intérêt compromis par un excès de protection. Il a autorisé les mineurs adultes *sui juris* à demander la nomination d'un curateur permanent (2).

Présentée ainsi, l'innovation qui laisse l'incapable maître de son sort, se comprend. Le but n'est pas de protéger un incapable, dette que la société doit acquitter d'office. La protection existe; elle est même excessive. Le but est de rassurer les tiers.

Pour l'adolescent et pour les tiers la mesure se justifie.

L'adolescent préfère-t-il une plus grande liberté d'action, et un recours éventuel à la *restitutio in integrum*, pour réparer le mal souffert? — Préfère-t-il se soumettre aux avis, au contrôle d'un curateur, afin de rendre plus rare la *restitutio in integrum* et d'augmenter le nombre des tiers disposés à contracter avec lui? Qu'il choisisse entre deux modes de protection, l'un préventif, l'autre répressif ou réparateur.

Les tiers qui consentent à traiter avec un mineur non pourvu de curateur, s'imposent le devoir de veiller aux intérêts de l'adulte aussi bien et mieux même qu'à leurs intérêts propres. Sinon, la *restitutio* sera prononcée. Les tiers qui ne sont pas certains de pratiquer ce dévouement quelque peu surhumain, doivent refuser d'entrer en négociation avec le mineur jusqu'à ce qu'il se soit fait donner un curateur.

Quelle est la mission du curateur donné à un adulte?

A l'époque classique, un curateur a en général pour mission de gérer un patrimoine, d'éclairer par ses avis celui qui va faire un acte juridique, de prêter à la défense des intérêts d'autrui un secours plus naturel que juridique, nous voulons dire, sa diligence, sa prudence, son expérience acquise, toutes choses ayant une utilité naturelle, et non pas un appoint ou complément de capacité dont la valeur et l'efficacité soient légales. Il n'est pas, comme le tuteur, appelé à habiliter un incapable en complétant sa personne juridique par une autorisation, par un assentiment propre à rendre valable en droit l'acte fait par l'incapable.

Quelques antithèses notables le prouveront.

Au pupille est donné un tuteur. Quelle est la fonction première, essentielle, attachée à son titre? *auctoritatem interponere*. Il peut sans doute *negotia gerere*, et alors il doit compte comme toute personne qui a géré les biens d'un ami absent; mais le devoir de gérer les biens du pupille, au défaut de ce

(1) Ce que PLAUTE met dans la bouche d'un jeune dissipateur : *Lex me perdit quina vicennaria : metuunt credere omnes* (RUDENS. v. 3.), dépeint l'attitude générale des préteurs. Le résultat est toujours incertain. Ici la loi atteint son but; dans beaucoup d'autres cas elle le dépasse. — (2) CAPITOL. *Vie de Marc-Ant.* § 10. Expl. n° 265 3°.

dernier encore *infans* ou *absens*, c'est-à-dire éloigné (par exemple pour ses études) du lieu où sont les biens et où doivent se faire les actes, ce devoir ne lui a été imposé que tardivement. Il a été ajouté après coup à la fonction normale de la tutelle : autoriser et habiliter le pupille (1). »

Un fou, à la différence du pupille, est privé de toute intelligence, incapable de vouloir, incapable de figurer dans un acte juridique. Quel protecteur lui donne-t-on? Un tuteur? Non, un curateur. La mission d'un curateur est de gérer les biens, traiter les affaires, diriger l'administration de la fortune. C'est ici la seule chose à faire. Il ne saurait être question de compléter par une autorisation une capacité imparfaite; l'incapacité est absolue.

Nous mettons en relief le trait dominant, la distinction habituelle et caractéristique entre le tuteur et le curateur. Nous ne prétendons pas qu'on ne s'en soit jamais écarté (2).

La conclusion est pour nous facile à tirer : si l'on donne, à partir de Marc-Aurèle, à l'adulte mineur de vingt-cinq ans un curateur et non un tuteur, c'est qu'il a besoin, non d'un complément de capacité pour agir valablement, mais d'être dirigé ou suppléé dans l'administration de sa fortune. La raison est inverse de celle qui existe pour le fou; le résultat est le même. Le fou n'a pas besoin d'un tuteur qui l'autorise, parce qu'il est absolument incapable d'agir. L'adulte n'a pas besoin d'un tuteur qui l'autorise, parce qu'il est entièrement capable de faire seul tous actes juridiques. Il recevra de son curateur des conseils, des inspirations, ou il lui abandonnera la gestion de sa fortune (3).

Grâce à l'intervention de ce curateur, le but, qui est de rassurer les tiers contre les dangers de la loi *Plætoria* et de la *restitutio in integrum*, sera presque toujours atteint. La bonne foi du tiers le mettra à l'abri de l'action pénale infamante. Le magistrat hésitera à rescinder un acte pour l'accomplissement duquel le mineur a eu les lumières d'un homme expérimenté.

Ainsi s'explique, sans aucune atteinte à la capacité que le droit ancien reconnaissait au pubère, l'institution de la curatelle permanente et son utilité. Améliorer sans abroger, ce procédé est bien dans l'esprit de la jurisprudence classique.

Un changement de législation paraît s'être accompli vers l'époque de Dioclétien. En fait, sinon en droit, l'attitude du curateur auprès de l'adulte est semblable à celle du tuteur auprès du pupille. L'un et l'autre assistent une personne dont l'expérience est incomplète. On a dû être choqué d'une différence admise dans les résultats. Le pupille promet ou aliène sans l'au-

(1) ULP. fr. 4. §. 8 DIG. 46. 6. *Rem. pup. salv. fore.* — ULP. fr. 1. pr. DIG. 27. 4. *De contr. tut.* — (2) GAIUS. *Com.* I. § 184. INST. JUST. I. 21. § 3. 23. § 5. COMP. PAUL. f. 19. DIG. 26. 8. *De auct. tut.* M. ACCARIAS *Précis*, t. I[er], n° 147. — (3) DIG. 26. 7. *De administratione et periculo tutorum* ET CURATORUM.

torisation du tuteur. L'adulte pourvu de curateur promet ou aliène sans consulter son curateur ou contrairement à l'avis de ce dernier. L'acte est nul dans le premier cas, valable dans le second, sauf *restitutio in integrum*. La nullité pour défaut d'autorisation présente cet avantage d'être facile à invoquer et à prononcer. Elle ne donne pas lieu à l'arbitraire qui préside à la *restitutio in integrum*. Cet avantage est d'autant plus apprécié que la science décline.

Le curateur a été assimilé au tuteur, sauf la différence des mots. L'assentiment du curateur a fini par équivaloir à l'autorisation tutorale. Cet assentiment est nécessaire pour la validité des actes par lesquels l'adolescent rendra sa condition pire.

Le changement de principe est attesté par un rescrit de Dioclétien et de Maximien (1).

Adulte, vous avez vendu. Aviez-vous un curateur dont vous n'avez pas obtenu l'assentiment? Le contrat n'est pas valable. Étiez-vous dépourvu de curateur? Recourez à la *restitutio in integrum*.

L'innovation est-elle heureuse sous tous les rapports? Elle simplifie l'action de la justice; elle en élimine l'arbitraire. — Mais elle permet au mineur de vingt-cinq ans qui a promis ou aliéné sans son curateur de faire annuler un acte très équitable dans ses conditions premières, s'il lui est devenu dommageable par un événement fortuit.

Désormais l'assentiment du curateur ressemble à l'autorisation du tuteur, quant aux effets. Il doit lui ressembler aussi, quant aux formes, c'est-à-dire quant au mode de manifestation. La logique le veut. Nous en concluons que le curateur doit donner son assentiment comme le tuteur son autorisation, *præsens in ipso negotio*. Une approbation qui n'a qu'une valeur morale intervient aussi efficacement après qu'avant l'opération; un assentiment qui est un mode de protection et un correctif à l'incapacité doit concourir avec la volonté de l'incapable. Une fois l'acte fait irrégulièrement, le droit de faire prononcer la nullité est acquis, droit dont le curateur, pas plus que le tuteur, ne peut enlever le bénéfice à l'incapable par une confirmation. La ratification exige de la part de la partie incapable le même concours de volontés que l'acte lui-même (2).

Le rescrit des emp. Diocl. et Max. que nous venons d'analyser, parle *transeundo* d'un autre incapable, le prodigue interdit.

---

(1) C. 3. Cod. 2. 22. *De in integ. restit. min.* XXV *annis*. Dig. 26. 8. *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*. — (2) On argumente en sens contraire de Gaius. fr. 9. § 5. Dig. 26. 8. *De auct. et cons. tut. et curat.* L'argument déduit *è contrario* du tuteur au curateur, exact à l'époque de Gaius, ne l'est plus à l'époque de Justinien. Un argument *è contrario* ne doit point prévaloir contre la logique. M. Accarias, *Précis*, n° 176, *in fine*, 2e édit. p. 423, note 1.

Nous aurons à constater relativement à cet incapable la même transformation dans les fonctions du curateur. Cette notion complétera l'exposé de notre système.

Plaçons-nous d'abord à l'époque du droit classique. Un prodigue est interdit; il est rendu incapable de s'obliger, d'aliéner, de rendre sa condition pire. Il demeure capable d'acquérir. On complète sa protection en lui donnant un curateur. Quelle sera la mission de ce curateur? Administrer les biens du prodigue; tous les textes le disent (1). Cela est bien adapté à la situation et au péril; pour employer une expression vulgaire, le curateur tiendra les cordons de la bourse. — Le curateur aura-t-il le pouvoir d'habiliter par son adhésion le prodigue à rendre sa condition pire? Non; ce serait l'office d'un tuteur, ce n'est pas l'office d'un curateur. Aussi aucun texte de l'époque classique ne suppose que le curateur viendra, par son assentiment, compléter la personne du prodigue interdit et remédier à son incapacité (2). Pour l'adition d'hérédité on semble avoir été dans l'alternative ou de permettre au prodigue de la faire de sa seule volonté, ou de la lui défendre à cause de la gravité des conséquences; on n'a point songé à faire intervenir le curateur. On a pris avec raison le premier parti. Le prodigue profitera d'une hérédité bonne; il n'est guère à craindre que la prodigalité qui le porte à dépenser, le pousse à accepter une hérédité mauvaise, sans aucune satisfaction pour ses goûts personnels (3).

Cette manière de voir est en harmonie parfaite avec cette expression des jurisconsultes : Un curateur est donné à un prodigue interdit, comme à un fou; la mission est la même (4).

Jusqu'à présent nous ne faisons que nous ranger à une opinion enseignée par notre collègue, M. Gérardin, dont nous aimons à invoquer l'autorité.

Nous y ajouterons un complément.

Au Bas-Empire, les attributions du tuteur et du curateur tendent à se rapprocher et à se confondre. L'assentiment du curateur peut équivaloir à l'autorisation du tuteur et habiliter un incapable. Dans le rescrit précité, où s'agite la question de la validité d'un contrat synallagmatique consenti par un incapable sans l'adhésion de son curateur, les empereurs disent que l'adulte mineur de vingt-cinq ans pourvu de curateur, et le prodigue auquel à la suite de l'interdiction un curateur a été donné, sont dans une situation semblable. Nous sommes autorisé à en

---

(1) ULP. f. 1. pr. DIG. 27. 10. *De curat. furios. et aliis. Interdicitur prodigo bonorum administratio...* même fragment, § 1. *Is cui bonis interdicitur.* PAUL *Sent.* 3. tit. 4 a § 7. — (2) ULP. fr. 6. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* ULP. fr. 10. pr. DIG. 27. 10. *De cur. fur. et aliis.* — (3) ULP. f. 5. § 1. DIG. 29. 2. *De acq. vel omit. her.* — (4) ULP. f. 1. pr. D. 27. 10. *De cur. fur. et aliis : curatorem ei dare exemplo furiosi.*

conclure qu'au Bas-Empire le prodigue interdit est capable de s'obliger et d'aliéner avec l'assentiment de son curateur.

Le changement est judicieux. Il était plus subtil que conforme à l'utilité pratique de faire une distinction entre la vente conclue par le prodigue avec l'approbation de son curateur et la vente de même importance conclue par le curateur, au nom du prodigue. La seconde, en tant qu'elle rentrait dans les pouvoirs d'administration du curateur, était valable. La première ne l'était point, parce que le curateur n'avait pas la mission d'autoriser.

Jusque dans le dernier état du droit romain, la représentation parfaite d'une personne par une autre, du prodigue interdit par son curateur, n'a pas été admise (1). Il y a donc intérêt pour le prodigue et le curateur, au point de vue des effets directs des obligations et des actions, à user du procédé de la vente par le prodigue assisté par son curateur, plutôt que de celui de la vente par le curateur pour le compte du prodigue. La personne du curateur est nettement dégagée, par le premier procédé, des créances et des dettes qui concernent le patrimoine du prodigue. Il n'y a pas plus de danger dans un cas que dans l'autre pour les intérêts de la personne protégée. Que le curateur fasse l'acte ou l'approuve, il y apporte la même sagesse, il encourt la même responsabilité.

J. E. L.

(1) Voy. l'appendice sur la représentation, rattaché au liv. 3 des Inst.

APPENDICES DU LIVRE II

APPENDICE I. (Nos 391 à 396.)

DES IMPENSES FAITES PAR UN POSSESSEUR DE BONNE FOI.

On semble aujourd'hui admettre généralement que le possesseur de bonne foi qui a fait des impenses, et notamment des constructions, sur le fonds d'autrui, ne peut obtenir d'indemnité que par voie de rétention, et qu'une fois dépossédé, il ne lui reste aucun recours.

Telle paraît être la pensée de M. Ortolan (n° 396), et M. Maynz (*Traité de droit romain,* 3e éd., tom. I, § 189) est encore plus affirmatif : « Si le constructeur, dit-il, a agi de bonne foi, mais « qu'il ne se trouve plus en possession de la chose, la loi ne lui « donne aucun moyen de réparer la perte dont il a été lui-même « la cause. »

Cette décision ressort, en effet, de plusieurs textes, et notamment d'un fragment bien connu de Julien (D. 12. 6. 33. *De condict indeb.*) :

« Si in area tua ædificassem, et tu ædes possideres, condictio locum non habebit : quia nullum negotium inter nos contraheretur. Nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit : cum autem ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed etsi is qui in aliena area ædificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit; quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse. »

En admettant comme la doctrine constante des jurisconsultes romains cette solution rigoureuse, M. Demangeat (tom. I, p. 482) et M. Accarias (tom. I, p. 580, not. 3) s'efforcent de suppléer par des moyens indirects au défaut de recours de la part du constructeur dépossédé. Le premier lui donne les interdits *uti possidetis* ou *unde vi* pour se faire remettre en possession, lorsqu'il a été dépossédé sans son aveu ; le second lui donne un moyen un peu plus efficace, l'action Publicienne ; le propriétaire répondra par l'exception *justi dominii,* et le constructeur se fera donner la réplique de dol pour obtenir une indemnité.

Ce sont là, sans doute, des moyens ingénieux d'éluder la difficulté dans une certaine mesure; ils n'ont rien de contraire à l'esprit de la législation romaine et peuvent même s'appuyer sur un texte de Pomponius (*Ad. S. C. Trebell.* D. 36. I. 21), qui indique la même marche à suivre pour l'héritier, lorsqu'il a restitué un fidéicommis sans déduire la quarte et sans se faire donner des garanties :

« Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione proposita. Similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt (1) : sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere, vel nancisci, et adversus agentem doli mali exceptione uti posse. »

Toutefois ces moyens sont loin de donner une satisfaction complète à l'équité. Les interdits possessoires n'ont qu'une durée limitée, et ne sauraient d'ailleurs s'appliquer au cas où le possesseur aurait lui-même cédé la possession. Quant à l'action Publicienne, elle ne peut être donnée qu'à celui qui possède *ex justa causa* (Ulp. D. 6. 2. I, *De public. in rem act.*) : or, le possesseur peut très-bien avoir droit au recouvrement des impenses aussi bien qu'aux fruits, par cela seul qu'il est de bonne foi, tout en étant hors d'état d'usucaper. L'usucapion, dit Paul (D. 41. I. 48. § I. *De adq. rer. domin.*), *pertinet ad jus*; la bonne foi *pertinet ad factum*. Il arrivera donc fréquemment que le possesseur de bonne foi ne pourra recourir ni aux interdits, ni à la Publicienne.

Lui sera-t-il cependant impossible d'invoquer ce principe, posé par les Romains eux-mêmes parmi les règles du droit, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui : « jure naturæ æquum est, dit Pomponius (D. 50. 17. 206, *De regul. jur.*), neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem, » — principe que, depuis les Antonins, on a appliqué même au pupille qui s'est obligé sans l'autorisation de son tuteur?

Deux questions se présentent : 1° Le constructeur de bonne foi peut-il avoir une *condictio* contre le propriétaire, afin de répéter la valeur dont ce dernier se trouve enrichi ? — 2° A-t-il contre lui l'action *negotiorum gestorum* utile, pour avoir géré son affaire, en croyant gérer la sienne propre?

---

(1) En faisant cette comparaison, Ariston paraît supposer que l'héritier n'avait point la *condictio indebiti*. Mais cette *condictio* lui a été reconnue par des constitutions impériales (Marcien, D. 12. 1. 39. *De condict. indeb.*) et spécialement par Justinien (Inst. 23. § 7. *De fideic. hered.*). Nous allons voir, en effet, que l'héritier fiduciaire est dans une tout autre position que le possesseur de bonne foi. Mais, en supposant le point de départ exact, la décision d'Ariston est remarquable.

Sur le premier point, d'anciens commentateurs ont soutenu, et telle est l'opinion de Cujas dans son commentaire sur le livre 32 du Digeste de Julien, que celui qui a livré le fonds sur lequel il avait fait des impenses, a contre le propriétaire la *condictio indebiti*, en considérant comme abandonnée par erreur la valeur qui correspond aux impenses. Ce système, qui viendrait au secours du possesseur de bonne foi, au moins dans l'hypothèse particulière qu'il vise, se fonde sur le texte suivant de Marcien (D. 12. 6. 40, § I, *De cond. indeb.*) :

« Si pars domus, quæ in diem per fideicommissum relicta est, urserit ante diem fideicommissi cedentem, et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat : et si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit. »

Mais le texte même de Julien, que nous avons cité plus haut, repousse d'avance l'argument d'analogie que l'on voudrait puiser dans la décision de Marcien. Quand l'héritier restitue l'hérédité au fidéicommissaire, il contracte avec lui, il lui fait une sorte de paiement : d'où la *condictio indebiti*, s'il lui transfère une valeur supérieure à celle qu'il était tenu de lui remettre. Mais, lorsque le propriétaire d'un fonds le reprend au possesseur, il ne traite point avec lui, *nullum negotium contrahit ;* le possesseur ne transfère rien, le propriétaire ne fait que reprendre son bien, *nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat*. Il n'y a donc point lieu à la *condictio indebiti*, ni même, dans les anciens principes, à une *condictio*, laquelle suppose la répétition d'une chose dont on s'est soi-même dessaisi, notamment la *condictio ob rem dati re non secuta*. C'est ainsi qu'Ariston, cité par Pomponius, nous parlait de l'omission fatale des rétentions par ceux qui n'avaient point d'autre ressource, *qui retentiones, quas solas habent, omittunt*.

Et cependant, c'est en alléguant l'autorité de Julien qu'Africain donne la *condictio* au légataire contre celui qui, se croyant légataire lui-même, a disposé de l'objet du legs, lequel est venu à périr, et qui en a touché le prix (D. 12. I. 23. *De reb. cred.*) :

« Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim. »

Enfin, nous trouvons dans un jurisconsulte plus ancien, Celse (D. 32. *ibid.*), une autre application de la *condictio*, fondée sur le principe qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; et ce qu'il y a de remarquable, c'est que Celse se pose à lui-même l'objection tirée de ce qu'il n'y a point eu de traité entre les parties, mais ne s'y arrête point :

« Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse : an mihi obligaris ? Subsisto :

si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est ut obligari te existimem; non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest; sed quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est. »

La raison de décider est toujours le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Cujas, mieux inspiré dans son *Tractatus ad Africanum* (II, pr.), donne la *condictio sine causa* au propriétaire de l'objet qui a péri, après avoir été vendu par celui qui se croyait légataire, et l'autorise à répéter, par cette action, le prix de la vente. M. de Savigny admet également (Append. XIV, § 8) que la condiction peut s'exercer quand un de nos biens est devenu, sans notre consentement, la propriété d'un autre, soit par le fait de celui-ci, soit par une circonstance accidentelle. Et il fait remarquer que telle est la portée du texte d'Ulpien (D. 12. 7. I. § 3. *De condict. sin. caus.*) :

« Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam. »

En ce qui touche les circonstances accidentelles, M. de Savigny cite ce texte du même Ulpien (D. 12. 1. 4. § 2. *De reb. cred.*) :

« Ea, quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt. »

Et c'est ainsi qu'il entend le texte si connu de Justinien (Inst. § 26. *De rer. divis.*) :

« Extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt. »

Quels sont les possesseurs qu'a en vue ce paragraphe?

Suivant certains interprètes, il s'agirait exclusivement ici de la *condictio furtiva*, qui serait donnée soit contre les voleurs, soit contre les personnes assimilées aux voleurs. On fait remarquer, à l'appui de cette interprétation, l'expression *quibusdam aliis*, qui se retrouve littéralement dans les Instituts de Gaius (II. § 79).

Cujas lisait, au contraire : *quibusque aliis*, et cette version est celle de Théophile (1) : κατὰ πάντων νομέων; contre tous possesseurs. Mais on peut fort bien maintenir, avec M. de Savigny, la version ordinaire, en observant que tout possesseur de bonne foi n'est point passible, comme le voleur, de la *condictio*, même au cas de perte de la chose; qu'il ne l'est que jusqu'à concurrence de la valeur dont il se trouve enrichi, ce qui justifierait l'expression *quibusdam aliis*.

M. Ortolan, qui ne s'était expliqué que d'une manière incomplète dans son commentaire sur ce paragraphe 26, a, plus loin,

---

(1) Le texte de Théophile, pris à la lettre, donnerait la *condictio furtiva*, même contre le possesseur de bonne foi; ce qui est inadmissible. Il y a là quelque altération.

adopté complétement et justifié historiquement la doctrine de M. de Savigny, lorsqu'il a voulu rendre compte de la *condictio* donnée directement (Just. Inst. 4. 7. § 8, *quod cum eo*) contre le père ou le maître, à raison d'engagements contractés par le fils de famille ou par l'esclave (tom. III, n° 2218).

« Nous savons que c'est le propre de la *condictio* de n'ad- « mettre que l'exécution d'une obligation civile, de droit strict « et unilatérale. Nous savons aussi que la jurisprudence romaine « en a successivement étendu l'application ; que, limitée d'abord « aux sommes d'argent (*certa pecunia*), puis à tous objets cer- « tains (*res certa*), elle a fini par s'étendre aux obligations de « choses indéterminées, même à celles de faire; mais toujours « comme poursuite unilatérale et de droit strict.

« La jurisprudence avait fini par admettre que, dans tous les « cas où une personne se trouvait avoir acquis sans juste cause « le bien d'autrui, ou en avait profité par un fait soit volontaire, « soit involontaire, venant d'elle ou même d'autrui, il y avait « lieu contre elle à une *condictio* pour la répétition de ce dont « elle avait profité : *Quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam* « *mihi a te reddi, bonum et æquum est,* dit Celse. *Quasi ex* « *re tua locupletior factus sim,* dit Africain. *Quia ex aliena* « *jactura lucrum faciam,* dit Paul. La *condictio* ici n'est pas « fondée sur un contrat, mais sur le fait que je me suis enrichi « du bien d'autrui. »

Il ne nous paraît donc pas exact de dire que le possesseur de bonne foi n'aurait d'autre ressource que la rétention. Telle était bien la doctrine primitive sur la *condictio ;* mais, cette doctrine, Julien l'a abandonnée lui-même, après l'avoir professée dans un texte, où l'on a cru voir à tort l'expression définitive de la jurisprudence classique.

On comprend très-bien qu'il y ait eu controverse sur cette extension de la *condictio,* action essentiellement de droit strict, et qui semblait résister à une interprétation large. Mais devait-il y avoir la même difficulté à autoriser le préteur, suivant la marche ordinaire par lui suivie, à donner, dans la même hypothèse d'une personne qui s'est enrichie d'une valeur appartenant à autrui, une action utile, par extension de l'action *negotiorum gestorum,* laquelle est elle-même de bonne foi? Le texte de Julien, qui forme la loi 33 *De condictione indebiti,* prouve trop, puisqu'il va jusqu'à refuser la *condictio* elle-même, contrairement à l'opinion émise, nous l'avons vu, par le même Julien. Il est vrai que Paul (Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 4), après avoir accordé l'action de gestion d'affaires utile à celui qui a fait l'affaire de Mævius, en croyant faire celle de Titius, ajoute :

« Diversum est cùm quasi in rem meam impendo, quæ sit

aliena, aut communis. Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo : quia neminem mihi obligare volui. »

Mais il est évident que Paul, se faisant l'écho de l'ancienne doctrine sur la *condictio*, veut absolument, comme Julien dans le texte précité, qu'il y ait eu *aliquid gestum*, un acte opéré avec l'intention de faire naître une obligation. Mais, si cette idée a été abandonnée pour la *condictio*, elle a dû l'être, à plus forte raison, pour l'action *negotiorum gestorum*, qui est essentiellement fondée sur l'équité. Nous pensons donc, comme Cujas, qu'il ne faut point, ainsi que le font MM. Demangeat et Accarias (*loc. cit.*), voir une opinion isolée dans cette décision bien connue d'Africain (Dig. 3. 5. *De neg. gest.* 49) :

« Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit : ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cùm esset meum, gessisses; sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cùm hereditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses; quandoquidem ea solutione liberarer. »

On voit qu'Africain donne de la manière la plus formelle l'action de gestion d'affaires, soit directe, soit contraire; comme nous l'avons vu (Dig. 12. I. 23), dans une hypothèse semblable, donner, d'après Julien, la *condictio*. Ces deux solutions se prêtent un mutuel appui, et sont loin d'avoir le caractère exceptionnel que présente la doctrine d'Africain (Dig. 19. 2. *locat.* 33), lorsqu'il met les risques de la chose vendue au compte du vendeur.

Nous ne connaissons point, d'ailleurs, chez les Romains, d'exemple de refus définitif d'une extension, lorsqu'elle est réclamée par l'équité, de tel ou tel mode de recours, sous forme d'*actio utilis*. Il serait étrange, après tout, de faire prévaloir dans le droit de Justinien, pour l'*actio negotiorum gestorum*, une vieille théorie, bien subtile, sur le grand principe de droit et de morale que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; ce qu'on n'ose point faire pour la *condictio*.

E. B.

APPENDICE II. (N° 404.)

DE L'ACQUISITION DES FRUITS PAR LE POSSESSEUR DE BONNE FOI.

L'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, dans l'ancien droit romain, a donné lieu à de vives controverses.

D'après l'opinion la plus généralement admise par les anciens

commentateurs, et à laquelle s'était rangé M. Ortolan, il faudrait faire remonter à la jurisprudence classique le système consacré au Bas-Empire, qui n'attribue au possesseur de bonne foi les fruits qu'autant qu'ils ont été consommés. On reconnaît bien dans cette opinion le caractère subtil d'une doctrine qui, en attribuant au possesseur les fruits détachés du sol, fait résoudre son droit de propriété quant à ceux qui subsistent lors de la revendication intentée par le propriétaire; mais on prétend que cette subtilité n'a rien d'étrange chez les jurisconsultes romains, plus préoccupés de la rigueur logique que de la simplicité des solutions. On fait remarquer qu'un nombre considérable de textes du Digeste mentionnent expressément les fruits *consommés*, et qu'on est obligé, pour en récuser l'autorité, de les supposer tous interpolés. Dioclétien présente comme une doctrine constante, *certum est* (Cod. 3. 32. 22), la distinction entre les fruits existants et les fruits consommés. Enfin, on fait remarquer qu'un sénatus-consulte rendu sous Adrien, relativement à la pétition d'hérédité (D. 5. 13. 20. § 5. f. Ulp.), n'autorise également le possesseur de bonne foi à retenir les fruits que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi.

Cette opinion, il faut en convenir, est assez difficile à concilier avec les textes qui attribuent les fruits au possesseur de bonne foi par cela seul qu'ils sont séparés du sol, et qui lui donnent un droit identique avec celui du propriétaire.

« Etiam priusquam percipiat, dit Paul (D. 42. I. *De adq. rer. domin.* 48. § I), statim ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt. »

« Porro, dit Julien (D. 22. 1. *De usur.* 25. § 1), bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet quod dominis prædiorum tributum est. »

Or, une acquisition de propriété sous condition résolutoire semble peu en harmonie avec les idées primitives de la législation romaine (*Expl. des Instit.*, n°° 644, 646) sur la translation de propriété, laquelle n'avait point lieu par une simple conséquence de la volonté des parties, mais bien en vertu d'un acte juridique. Suivant ces idées, si les fruits étaient réellement acquis au possesseur, ils ne pouvaient se trouver ainsi transférés *ipso jure* au propriétaire, par cela seuls qu'ils n'avaient pas été consommés.

M. de Savigny (*Possession*, § 22 *a*) pense, dès lors, qu'il faut admettre un système plus simple. Suivant lui, le possesseur a les fruits *in bonis*, comme le fonds lui-même, mais il ne les acquiert définitivement que par l'usucapion; seulement, il a l'avantage d'usucaper les fruits par un délai plus court, si l'objet principal de sa possession est un immeuble. Même avant l'usucapion, on ne saurait le rendre comptable des fruits consommés : ces fruits ne sauraient être revendiqués, *extinctæ res vindicari non pos-*

sunt; ils ne sauraient davantage donner lieu à un recours personnel, le possesseur de bonne foi n'étant tenu vis-à-vis du propriétaire d'aucune obligation, soit *ex contractu*, soit *ex delicto* (1).

Cette opinion est, sans doute, moins inconciliable que la précédente avec la doctrine générale de l'ancien droit romain. Toutefois il faut convenir qu'elle donne un sens forcé aux passages de Paul et de Julien, indiqués ci-dessus, qui attribuent formellement au possesseur de bonne foi, dans les fruits, un droit égal à celui du propriétaire. Mais ce qui est décisif, c'est que des textes formels déclarent que ce possesseur devient propriétaire immédiatement, sans le secours de l'usucapion.

« Lana ovium furtivarum, dit Paul (D. 41. 3. 4. § 19), si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonæ fidei emptorem, contra; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. »

« Ex furtivis equis nati, dit Ulpien (D. 47. 2. 48. § 6), statim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt : merito, quia in fructu numerantur. »

Nous pensons que c'est avec raison que l'on s'attache plus généralement aujourd'hui à la doctrine professée constamment par M. Pellat (cité n° 404, p. 299, not. 1), suivant laquelle, dans le droit classique, les fruits étaient définitivement acquis au possesseur de bonne foi, par cela seul qu'ils étaient séparés du sol.

L'expression *certum est* de Dioclétien prouve bien que la doctrine nouvelle était admise de son temps, mais ne suffit point pour en établir l'existence à une époque antérieure. Nous n'en trouvons aucune trace dans les textes du droit antérieur à Justinien qui nous ont été conservés. Et quant à la prétendue invraisemblance de nombreuses interpolations dans les fragments du Digeste, il est facile de répondre d'abord qu'il y a certains de ces fragments où l'interpolation saute aux yeux. Ainsi, à la suite du texte de Paul que nous venons de citer, qui attribue immédiatement au possesseur la propriété de la laine de brebis volées, on fait dire au jurisconsulte :

« Idem de agnis dicendum, *si consumpti sint*. »

Or, cette condition de consommation est incompatible avec l'idée d'une acquisition immédiate. Pour se convaincre, au sur-

(1) M. Maynz (*Droit romain*, t. Ier, § 194, not. 8) présente comme généralement admis un autre système, suivant lequel le possesseur invoquerait une sorte d'usucapion, afin de se libérer contre la revendication du propriétaire. M. Ferry a, il est vrai, soutenu ce système dans la *Thémis* (t. X, p. 350), en invoquant par analogie un texte de Tryphoninus (D. 49. 15. 12. § 8) qui admet une *quasi-usucapion* contre le droit de rachat du maître, en faveur de celui qui a acquis un esclave captif. M. Maynz a raison de combattre cette extension d'une disposition toute spéciale; mais il faut avouer que le système de M. Ferry, du moins en France, compte aujourd'hui peu de partisans.

plus, que ce n'est point témérairement qu'on accuse les compilateurs d'avoir opéré des remaniements considérables, il suffit de comparer le titre *De usufructu accrescendo* avec les textes originaux, reproduits dans les fragments du Vatican, qui ont une tout autre physionomie. Rien d'improbable dès lors dans l'addition des mots *consumpti*, qu'il est facile de retrancher des textes sans en altérer le sens, et souvent même en le rendant plus clair.

M. Pellat fait observer avec beaucoup de justesse que, si la condition de consommation avait été exigée, elle aurait dû l'être pour tous les fruits qui appartenaient au possesseur de bonne foi. Or, il est à remarquer qu'en ce qui touche les acquisitions faites par un esclave possédé de bonne foi, il n'est pas plus fait mention dans les textes du Digeste que dans les Instituts de Gaius de cette condition exigée *ex post facto;* partout l'acquisition est présentée comme complète et définitive. Les compilateurs, n'ayant point vu en ce cas la mention formelle des fruits, auront négligé de faire l'interpolation. Mais on n'aperçoit, en principe, aucune raison de distinguer.

Enfin, quant au sénatus-consulte Juvencien, il s'attache pour la pétition d'hérédité à une idée plus rationnelle et plus équitable que celle qui a prévalu au Bas-Empire pour la revendication. Au lieu de s'attacher au fait matériel de la consommation, il astreint le possesseur de bonne foi à restituer ce dont il s'est enrichi. Or, ce possesseur peut très-bien avoir profité des fruits, tout en les ayant consommés, ou, au contraire, en avoir consommé d'avance la valeur. Il y a donc là un point de vue tout différent.

E. B.

APPENDICE III. (N° 518.)

DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE SOUS JUSTINIEN.

Justinien a fondu l'usucapion et la *præscriptio longi temporis* en une seule institution. Il a, empruntant tantôt à l'une, tantôt à l'autre, tracé les caractères et les conditions de l'institution nouvelle et réduit les divergences à l'unité. Toutefois, l'empereur a omis de s'expliquer sur certains effets de la possession prolongée, en des points où le droit civil et le droit prétorien différaient. De là sont nées plusieurs questions.

1° L'usucapion du droit civil faisait acquérir la propriété, mais nécessairement sous les charges qui la grevaient chez le précédent propriétaire, *cum sua causa*. Cela n'est pas étonnant, car dans la théorie du droit civil, une servitude n'affectait pas, ne

modifiait pas, ne diminuait pas la possession; l'hypothèque n'existait pas (1).

La possession de long temps pouvait faire acquérir la propriété prétorienne. Elle pouvait aussi faire acquérir la plénitude de la propriété qui avait été antérieurement démembrée. Elle avait la double vertu 1° de faire acquérir la propriété, 2° de faire acquérir les fragments de propriété détachés au profit de tiers à titre de servitude ou d'hypothèque, afin de reconstituer la propriété dans son unité normale. Les conditions à remplir étaient appropriées à chacun des effets. Tout possesseur n'obtenait pas avec le temps ces deux avantages, mais la prescription prétorienne avait la puissance de les lui conférer. Cela était conséquent avec les principes du droit prétorien, lequel reconnaissait une *quasi possessio* des servitudes, distinguait une possession franche et pleine d'une possession diminuée par l'exercice d'une servitude, admettait l'affectation hypothécaire de la propriété (2).

A ce point de vue, que décider sous Justinien? Les textes sont muets. Auquel, du droit civil ou du droit prétorien, l'empereur a-t-il donné la préférence?

2° Autre question plus délicate et plus controversée. En droit civil, l'usucapion n'était pas interrompue par la demande en justice, par la *litis contestatio* engagée sur la *vindicatio* du propriétaire contre le possesseur. L'usucapion pouvait s'accomplir durant les délais du procès. Le possesseur devenait propriétaire. Mais le juge n'en donnait pas moins gain de cause au demandeur parce qu'il devait se reporter au jour de la litiscontestation pour résoudre la question posée dans l'*intentio*, et le possesseur était obligé à retransférer la propriété ou à subir une condamnation équivalente (3).

La *præscriptio longi temporis*, au contraire, selon l'opinion la plus accréditée, était interrompue par la litiscontestation. Le bien fondé de la *præscriptio* insérée dans la formule dépendait du temps de possession écoulé avant l'*ordinatio litis* (4).

Lequel de ces deux systèmes est applicable à la prescription acquisitive organisée par Justinien?

On ne trouve point de solution expresse dans les sources.

Une observation historique est à notre avis très importante pour la décision de ces problèmes : nous devons la produire tout d'abord.

La réforme de Justinien résulte de deux constitutions successives. Elle a été opérée en deux fois. L'une de ces constitutions

---

(1) PAP. f. 44. § 3. DIG. 41. 3. *De usucap.* f. 1. § 2. DIG. 20. 1. *De pign.* — (2) GORD. DIOCL. et MAX. L. 1 et 2. Cod. 7. 36. *Si adv. cred. præsc.* PAUL f. 12. DIG. *De div. temp. excep.* 44. 3. — (3) GAIUS f. 18. DIG. 6, 1. *De rei vind.* PAUL. f. 2. § 21. DIG, 41. 4. *Pro emptore.* INST. 4. 17. § 3. — (4) DIOCL. L. 10. Cod. 7. 33. *De præsc. long. temp.*

est de l'an 528; l'autre est de l'an 531. — La première (1) regarde la *possessio longi temporis*, création du droit honoraire. Elle augmente ses effets; elle l'introduit dans le corps du droit civil. La seconde (2) a pour objet l'usucapion, institution du droit civil; elle la transforme pour que l'uniformité règne dans tout l'empire.

Les vues de l'empereur se sont d'abord dirigées vers l'institution prétorienne organisée au sujet des immeubles situés *in provinciali solo*. La possession prolongée de dix à vingt ans donnait aux possesseurs une sécurité à peu près parfaite, mais au moyen d'un système compliqué. Directement, la conséquence attachée à la *possessio longi temporis* était un moyen de défense, une *præscriptio* ou *exceptio temporis*. Toute *actio in rem* dirigée contre le possesseur était arrêtée, paralysée, grâce à une exception déduite du temps. Mais quel était le sort de celui qui, après avoir achevé le *longum tempus*, perdait la possession? Pouvait-il se dire propriétaire et revendiquer? Non. Le préteur n'avait pas la puissance d'attribuer la propriété civile. Toutefois, une combinaison de la *præscriptio temporis* avec l'*actio publiciana* donnait l'équivalent de la revendication. Celui au profit duquel la *præscriptio longi temporis* avait couru, pouvait se faire délivrer l'action publicienne, puisqu'il avait possédé en vertu d'un juste titre, et si le défendeur excipait de ce que la chose lui appartenait (*si ea res possessoris non sit*) (3), il paralysait l'exception par une réplique : J'ai possédé de dix à vingt ans avec les conditions initiales exigées. Le résultat était parfait, pourvu que la procédure fût habilement dirigée. *Hoc* (*actionem esse*) *et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant* (4). Justinien a simplifié la procédure. Il reconnaît la propriété, il accorde la revendication à celui qui a possédé de dix à vingt ans. Il donne, à l'institution due à l'autorité des magistrats, le caractère et les effets d'une institution consacrée par le législateur lui-même. *Posse actionem ad vindicandam rem habere.*

Justinien n'a du reste, tout au moins à cette première date, rien changé aux règles du droit prétorien. Les conditions sont les mêmes, le résultat est plus complet. Pour que l'*exceptio temporis* fût utilement insérée dans la formule, il fallait que l'ancien maître n'eût pas intenté son action avant la révolution du temps prescrit. Il le faut également pour que la propriété et la revendication soient acquises au possesseur dans la législation du Bas-Empire, tout au moins après la seule constitution de l'an 528.

La *præscriptio temporis* était opposable à celui qui prétendait

---

(1) Just. l. 8. pr. Cod. 7. 39. *De præsc.* XXX *vel* XL *annorum. Si quis.. bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem... sibi adquisierit.* — (2) L. un. Cod. 7. 31. *De usucap. transf.* : *usucapionem transformandam censemus... ut sit rebus et locis omnibus similis ordo.* — (3) Nerat. f. 17. Dig. 6. 2. *De publ. in rem. act.* — (4) *Dict.* L. 8. C. 7. 39.

avoir une hypothèque, un droit de servitude sur la chose, comme à celui qui s'en prétendait le maître. Cette généralité d'effet subsiste. Seulement c'est *ipso jure* que le possesseur répondra : J'ai la propriété franche de la chose que j'ai possédée comme franche, et au besoin j'intenterais l'*actio negatoria*.

Les choses sont restées dans cet état jusqu'en l'année 531. Au sol italique était applicable l'*usucapio*, qui par un ou deux ans de possession faisait acquérir la propriété et donnait le droit de revendiquer en cas de dépossession ultérieure, mais qu'aucune interruption civile n'arrêtait dans son cours, et qui ne faisait acquérir la propriété que *cum sua causa*, sous les charges qui la grevaient. Dans les provinces, la possession de dix à vingt ans faisait, depuis 528, acquérir la propriété avec la faculté de la revendication et entraînait, s'il y avait lieu, l'extinction radicale des hypothèques et droits de servitude.

Justinien avait deux buts devant les yeux : 1° convertir en institutions de droit civil les judicieuses innovations du droit prétorien ; 2° établir l'uniformité du droit dans tout l'empire. Il avait, en la matière qui nous occupe, atteint le premier de ces buts, non encore le second. Il a fait une nouvelle constitution, celle de l'an 531. Remarquons-le : il ne touche plus à la législation du sol provincial ; la réforme est terminée à cet égard. Il s'occupe uniquement du sol italique, de l'usucapion *in italici soli rebus ;* il la transforme : *usucapionem transformandam esse censemus ;* il veut, par cette transformation, établir l'uniformité du droit dans tout l'empire : *ut sit rebus et locis omnibus similis ordo*. Dans cette pensée il déclare modifier la longueur du délai. La possession des immeubles italiques devra durer de dix à vingt ans pour conduire à la propriété. Quant aux meubles, l'empereur aperçoit nettement, d'une part, que les délais prétoriens fixés en vue des immeubles sont trop longs ; d'autre part, qu'il ne peut plus, comme il l'a fait pour les immeubles, se renfermer dans le territoire italique, et il introduit pour les meubles, en quelque lieu que ce soit, une usucapion de trois ans.

L'empereur ne s'explique pas sur l'effet de l'usucapion accomplie (fera-t-elle acquérir seulement le *dominium cum sua causa*, ou même la plénitude de la propriété ?), sur les modes d'interruption (la litiscontestation engagée avec le possesseur arrêtera-t-elle, ou non, le cours de l'usucapion ?).

Mais l'empereur veut que la législation soit uniforme dans l'empire. Il arrive à cette uniformité en transformant l'usucapion sans modifier en rien la *præscriptio longi temporis*. Il en résulte nécessairement que si les règles sont désormais les mêmes, et le législateur le veut, ce ne peut être que par une extension à l'usucapion transformée des règles préétablies et maintenues de la prescription. En réalité, à l'égard des immeubles, la transformation de l'usucapion revient à une extension aux biens du sol

italique de la prescription telle qu'elle a été fortifiée en 528. L'empereur le déclare : *Ampliatur quidem longi temporis materia.*

Nous en concluons que l'usucapion, soit celle de dix à vingt ans pour les immeubles, soit celle de trois ans pour les meubles, peut faire acquérir non seulement la propriété, mais encore la propriété pleine et franche.

Il est bien entendu que les conditions de juste cause, de bonne foi, de temps d'après la comparaison des domiciles, devront être déterminées eu égard au démembrement de propriété qu'il s'agit de reconquérir et au titulaire de ce démembrement. Le juste titre devra être de nature à faire acquérir la pleine propriété. La bonne foi consistera dans l'ignorance de l'hypothèque ou de la servitude. La durée de possession nécessaire variera selon que la personne investie du droit d'hypothèque ou de servitude sera ou non domiciliée dans la même province que le possesseur (1).

Nous en concluons également que le cours de l'usucapion ou prescription acquisitive est interrompu par l'introduction de l'action en revendication.

Ce point est vivement controversé. Au Digeste et aux Instituts ont été insérés des fragments où des jurisconsultes, supposant l'usucapion accomplie *inter moras litis* (et par conséquent non interrompue par la demande en justice), en règlent les conséquences (2).

En outre, si des auteurs tiennent à faire survivre, aux réformes de Justinien, le principe exclusif de l'interruption civile, c'est non seulement par respect pour les textes, mais aussi parce que ce principe leur paraît meilleur en législation. La question intéresse les tiers qui traiteront durant le procès ou avant l'exécution de la sentence avec le possesseur, lequel ayant possédé de dix à vingt ans aura les apparences de la propriété acquise par le temps. Les tiers auront pu ignorer le fait de la litispendance. Il est juste que la sentence produise ses effets contre le défendeur; mais non qu'elle rejaillisse contre des tiers de bonne foi et qu'elle compromette la sécurité de ceux qui, dans l'acquisition de droits réels, ont été trompés par l'apparence. Voilà ce qu'on désire faire prévaloir, parce que cela paraît rationnel et utile.

Les interprètes favorables à ce système ont bien compris qu'il fallait nécessairement que, dans la législation du Bas-Empire, la même règle fût applicable en tous les territoires, provincial ou italique, et à tous les biens, meubles ou immeubles.

Ils sont arrivés à ce résultat par deux voies différentes.

---

(1) Diocl. et M. l. 2. Cod. *Si adv. cred. præs.* PRÆSENTIBUS CREDITORIBUS *decem annorum præscriptionem opponi posse.* — (2) Gaius. f. 18. Dig. 6. 1. *De rei vind.* Basil. liv. 15. tit. 1. l. 18. Heimbach. t. 2. Append. p. 14. Sholie de Steph. n° 66. — Inst. 4. 17 § 3. Theoph. paraph. eod.

Les uns ont soutenu que par l'emploi du mot *usucapiantur* aux Instituts (1), dans l'analyse de la refonte de la matière, l'empereur avait manifesté l'intention de faire prédominer la règle de l'usucapion, qui excluait l'interruption civile, sur la règle de la prescription de long temps, qui admettait ce mode d'interruption (2).

Les autres ont reconnu qu'un mot employé dans les Instituts ne pouvait l'emporter sur la signification des constitutions qui avaient opéré la réforme résumée dans ce passage. Pour faire cesser toute diversité de règle entre la prescription rendue vraiment acquisitive et l'usucapion transformée, ils ont affirmé que la *præscriptio longi temporis* n'avait jamais été, pas plus que l'usucapion, susceptible d'une interruption civile absolue, c'est-à-dire à l'égard des ayant cause à titre particulier du défendeur, par l'effet de la litiscontestation. L'effet, dans un cas comme dans l'autre, n'a jamais été, suivant eux, que personnel, relatif à la personne du défendeur (3). L'interruption civile *erga omnes* ne saurait exister dans la législation de Justinien, puisqu'elle ne dériverait ni du droit prétorien ni du droit civil.

Nous ne pouvons nous rallier ni à l'une ni à l'autre de ces explications.

Justinien a, en 528, augmenté les effets acquisitifs de la prescription de long temps sans la modifier sous aucun autre rapport.

---

1) INST. 2, 6, pr — (2) DE SAVIGNY. *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. 6, p. 56. M. DEMANGEAT, t. Ier, p. 570. Pourtant cet auteur concède qu'au point de vue de l'effet du temps et de la possession contre les servitudes et les hypothèques, Justinien a préféré la théorie prétorienne à la théorie du droit civil. — (3) M. MAYNZ, t. Ier, § 113. Comp. note 2 de SERAFINI sur ARNDTS, Traité des Pandectes. § 163. La première phrase du rescrit de DIOCL. et MAX. (L. 10. C. 7, 33) peut assurément être entendue dans un sens conforme à la théorie de l'usucapion que nous résumons ainsi : L'interruption civile ne regarde que les rapports des parties en cause. La prescription, y est-il dit, dont le temps s'est accompli après la litiscontestation, ne profite pas au défendeur; voilà tout ce qu'exprime cette première phrase, pas autre chose. Or, cela est vrai sans doute, puisque néanmoins il est condamné. On pourrait dire également : L'usucapion accomplie durant les délais du procès ne profite pas au possesseur, lequel succombe comme si le procès était jugé le jour de la litiscontestation. Mais la seconde phrase du rescrit nous paraît résister à l'assimilation de la prescription à l'usucapion au point de vue de l'interruption par la demande en justice. Pourquoi le possesseur ne profite-il pas de la prescription dont le temps n'a été complété qu'après la litiscontestation? Parce qu'on ne compte dans la prescription que le temps écoulé avant l'engagement du procès : *in præteritum æstimatur*. — Ce motif conviendrait-il à la décision admise en matière d'usucapion? Nullement. Le temps postérieur au procès engagé compte, puisque l'usucapion s'achève et transfère la propriété. Le défendeur, quoique propriétaire, succombe à cause de l'obligation que la litiscontestation lui impose envers son adverse partie au procès qui est comme un contrat. — Relativement à la prescription, le temps de possession écoulé depuis la revendication intentée ne compte pas; ce temps est donc inutile aux ayant-cause du défendeur, comme au défendeur, car les ayant-cause ne pourraient avoir de droit que par réflexion du droit acquis à leur auteur. Comp. DIOCL. et M. l. 26. Cod. 3, 32. *De rei vind.*

Puis il a transformé l'usucapion applicable au sol italique, afin de faire régner l'harmonie du droit dans l'empire.

La prescription de long temps ne résultait que d'un temps de possession écoulé avant la litiscontestation; le temps postérieur ne comptait pas. D'où il suit que la revendication intentée avant l'achèvement du *longum tempus*, rendait inutile, au défendeur et à ses ayant-cause, la possession conservée durant le procès. Telle est la doctrine consacrée par un rescrit de Dioclétien. La litiscontestation avait donc sur la *possessio longi temporis* un effet d'interruption plus étendu que sur l'*usucapio*.

Cependant il faut que la règle soit uniforme sous Justinien, *sit similis ordo*. L'uniformité n'a pu s'établir que par la transformation de l'usucapion, opérée en 531. L'usucapion transformée, est donc soumise à l'interruption civile comme l'était déjà antérieurement la prescription prétorienne.

Nous avons insisté sur un argument déduit de la suite chronologique des textes législatifs et des réformes. Il en découle, si nous ne nous tromppns, au sujet du problème agité, une solution nécessaire pour l'interprète fidèle à l'autorité des textes. La solution à laquelle nous sommes ainsi conduit est, au surplus, corroborée par d'autres raisons d'une réelle puissance.

Justinien, renforçant des prohibitions antérieures, étendant au défendeur une prohibition qui jusqu'alors regardait le demandeur seul, a décidé que toute aliénation faite par le possesseur d'une chose litigieuse durant le procès, serait absolument nulle : *irrita rei alienatio sit* (1). Cette décision s'applique à toute instance. Elle sacrifie l'intérêt des tiers au succès du droit du demandeur. Elle est en opposition de principe avec un système qui, comme celui que nous combattons, veut assurer la sécurité des tiers, en ne donnant au demandeur que des droits personnels contre le défendeur lié envers lui par la litiscontestation.

Justinien a certainement d'ailleurs admis, dans une hypothèse déterminée, une interruption civile de l'usucapion. C'est au profit du propriétaire dont le bien est possédé par un absent *in causa usucapiendi*. Dans ce cas une protestation adressée au magistrat, simple formalité civile, sans dépossession, produira *plenissimam interruptionem* (2). Les tiers pourront être trompés par la possession prolongée. Ils souffriront par contre-coup de la revendication intentée plus tard avec succès. Autrement l'interruption ne serait pas pleinement efficace. Voilà un exemple certain d'interruption civile. L'argument qui en résulte n'est pas un simple argument d'analogie. L'absence du possesseur empêche le propriétaire d'engager le procès, *suam intentionem proponere*. La

(1) L. 4. C. 8. 37. *De litigiosis*. Comp. *fr. de jure fisci*. §. 8. Gaius. Com. 4. § 117. — (2) L. 2. C. 7. 40. Arg. nov. 119. Cap. 7. *Intra decem annos non contestatus fuerit emptorem*.

protestation remise au magistrat aura le même effet que le procès engagé. Elle suffit *ad plenissimam interruptionem*. Donc la litiscontestation produit cet effet d'interrompre, à presque tous égards, l'usucapion commencée (1).

Nous aussi, tout en restant fidèle aux textes, nous sommes heureux quand leur signification est conforme à ce que nous croyons être le progrès du droit. Nous sommes convaincu que la justice est dans le principe qui donne à la revendication intentée un effet interruptif absolu, c'est-à-dire opposable aux ayant-cause à titre particulier du défendeur. — Les tiers sont en danger; — c'est un défaut qui existait en droit romain, mais qui a été ou sera aisément corrigé par le législateur moderne au moyen de la publicité donnée à la demande sur le registre de la propriété foncière. Ce perfectionnement du système a été réalisé par le projet de loi hypothécaire préparée pour le canton de Genève par MM. Belot, Rossi et Girod, art. 209 et 213, et par le code civil italien, art. 1933, 3°.

Notre loi de 1855 sur la publicité des mutations immobilières, a pourvu à peu près à la publicité des résolutions accomplies, mais elle a négligé de régler la publicité non moins utile des demandes judiciaires interruptives de prescription acquisitive.

En résumé, l'usucapion transformée par Justinien a emprunté, à l'ancienne prescription acquisitive prétorienne, ses délais quant aux immeubles, son mode civil d'interruption, la largeur de ses effets pour reconstituer en son unité normale la propriété démembrée à titre de servitude ou d'hypothèque; et cette transformation a constitué un progrès dans la marche du droit.

J. E. L.

---

(1) Pour caractériser la différence quant à l'effet de la litiscontestation entre la prescription de long temps et l'usucapion, nous nous sommes servi de ces expressions : l'effet est relatif aux parties en cause dans le second cas, absolu, opposable à des tiers dans le premier. Ces formules pourraient donner lieu à une méprise que nous devons prévenir. L'interruption naturelle par la perte de la possession est seule vraiment absolue. Elle profite au propriétaire, alors même qu'il n'est pas l'auteur de la dépossession de celui qui était en voie d'usucaper ou de prescrire. GAIUS. f. 5. DIG. 41. 3. *De usucap. et usurp.* La litiscontestation ne produit jamais d'effet interruptif aussi absolu. Elle profite exclusivement à un demandeur et à ses ayant-cause; elle ne saurait être invoquée par un tiers formant une demande distincte contre le même possesseur, alors même qu'il s'agirait de *præscriptio*. La litiscontestation a-t-elle un effet interruptif à l'encontre du défendeur en possession et des ayant-cause même à titre particulier de ce défendeur, ou n'a-t-elle qu'un effet personnel et obligatoire à l'égard du défendeur et de ses héritiers? Telle a été notre question. Nous avons qualifié, avec un peu d'exagération, d'absolu l'effet interruptif rejaillissant contre les ayant-cause à titre particulier du défendeur, et de relatif, l'effet qui s'arrête, sous forme d'obligation de restituer, à la personne du défendeur et ne la dépasse point.

APPENDICE IV (N° 575.)

DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS.

L'irrévocabilité est une qualité que l'on attribue aux donations entre-vifs en droit romain comme en droit français, mais le sens est tout différent. Les méprises sont aisées et fréquentes, nous devons insister sur ce point.

En droit romain, les donations entre-vifs parfaites sont irrévocables en ce sens que si le donateur ne s'est pas réservé la faculté de révoquer en telle ou telle hypothèse, il ne peut pas, quel que soit son repentir, enlever au donataire l'objet de la donation; mais le donateur peut se réserver par une clause expresse toute espèce de faculté de révocation (1). La loi permet toutes les clauses morales. Les donations entre-vifs, en droit romain, ne sont donc ni plus ni moins irrévocables que les contrats à titre onéreux, la vente, le louage.

A quoi bon, dès lors, affirmer spécialement des donations entre-vifs, qu'une fois accomplies elles sont irrévocables?

C'est par opposition aux donations à cause de mort, opposition que nous n'avons plus à faire aujourd'hui, puisque les donations à cause de mort sont supprimées.

Quand, à Rome, le donateur confère une libéralité qu'il subordonne à la survie du donataire, et qu'il montre par là que s'il préfère le donataire à ses héritiers, il se préfère au donataire, cette donation à cause de mort est réputée faite sous réserve pour le donateur de la faculté de révoquer, en cas de repentir, jusqu'à sa mort.

Dans les donations entre-vifs, le droit de révocation a besoin d'être expressément réservé. Dans les donations à cause de mort, ce droit est sous-entendu. Voilà, en droit romain, la signification de la maxime : Les donations entre-vifs sont irrévocables.

En résumé, à Rome, toute donation ayant un but honnête est valable, quelle que soit la modalité, la révocabilité dont elle est affectée.

Nous sommes loin du système de la législation moderne qui, inspirée par le droit coutumier, défend et annule certaines donations faites, sans aucune intention répréhensible, sous des clauses accordant au donateur un moyen direct ou indirect de reprendre ce qu'il a donné (2).

---

(1) Diocl. et Max. l. 9. Cod. 8. 54. *De donat.* Const. l. 25. Cod. *eod.* Diocl. et M. l. 4. Cod. 5. 55. *De donat. quæ sub modo.* — (2) Voy. C. civ. art. 894. 943 à 946. Ce système se comprenait dans les coutumes qui fixaient un disponible d'une étendue différente pour les donations entre-vifs et pour les legs. La disponibilité plus large accordée pour les donations était tempérée par

Nous avons dit que dans les donations à cause de mort, c'est-à-dire subordonnées à la survie du donataire au donateur, la faculté de révocation *ad nutum* est laissée au donateur en vertu d'une clause sous-entendue. Que décider si le donateur a expressément renoncé à la faculté de révoquer? Un texte prévoit cette hypothèse (1) : il déclare que tout dépend à cet égard de l'intention des parties. La donation ne cesse pas pour cela d'être une donation à cause de mort, puisqu'elle demeure subordonnée à la survie du donataire. Des deux causes de révocation qui existent habituellement dans une donation à cause de mort, le repentir et le prédécès du donateur, la première disparaît, la seconde subsiste (2).

La volonté des parties est toute-puissante. La clause qui fait dépendre la donation de la survie du donataire au donateur fait présumer que le donateur a voulu dépouiller ses héritiers, sans se dépouiller lui-même, ce qui implique la réserve de la faculté de révoquer. Mais il n'est pas déraisonnable et surtout il n'est pas illicite de soumettre une donation à la condition casuelle du prédécès du donateur, et de se lier d'avance en vue de cette éventualité. Des interprètes traduisent la pensée des jurisconsultes ainsi : La faculté pour le donateur de révoquer *ad nutum* est de la nature et non de l'essence de la donation à cause de mort.

Nous n'y contredisons pas; mais les mêmes auteurs en concluent que la donation à cause de mort dans laquelle le donateur s'est enlevé le droit de repentir, n'en est pas moins régie, ainsi que les donations à cause de mort révocables, par la plupart des règles tracées pour les legs.

Ici, le doute commence en notre esprit, nous hésitons à adhérer à cette doctrine. Les textes sont équivoques, mais le raisonnement nous conduit à d'autres conclusions.

L'expression donation à cause de mort est, selon nous, prise dans les textes en plusieurs sens. 1° Elle convient littéralement à toute donation subordonnée à la survie du donataire; 2° elle désigne d'une façon plus habituelle, et en quelque sorte technique, une catégorie de donations qui, soumises à la condition du prédécès du disposant et en outre révocables, sont comparables aux legs.

Dans le premier sens, elle est ou elle n'est pas arbitrairement révocable au gré du donateur, selon l'intention que celui-ci a manifestée en donnant. Pour mieux dire, elle est révocable *ad*

---

l'irrévocabilité comme par un frein pris dans l'intérêt du donateur. Ce même système est difficile à justifier dans notre législation qui détermine la même quotité disponible pour toutes les libéralités entre-vifs ou testamentaires. Voy cepend. C. civ. Ital. art. 1050, 1066. Huc. *Etudes sur C. civ. Ital.* p. 236; mais Gide, *Législ. Ital.* p. 25.

(1) Julien. fr. 13. § 1. Dig. 39. 6. *De don. m. c.* Paul. f. 35. § 4. Dig. *eod.* — (2) M. Glasson. *Don. à c. d. mort.* n° 98; M. Accarias. *Précis*, n° 307.

nutum, à moins que le donateur n'ait expressément renoncé à cette faculté.

Dans le second sens, elle suppose la révocabilité *ad libitum*. L'assimilation *fère per omnia* aux legs ne se comprend, n'est justifiée qu'à cette condition.

Développons cette pensée par quelques exemples.

La donation à cause de mort ne s'exécute ou ne se maintient à la mort du donateur que si les créanciers de celui-ci sont d'ailleurs satisfaits (1). Elle est traitée comme les legs qui ne se délivrent que dettes déduites. Pourquoi? si ce n'est parce que les valeurs, objet de la donation à cause de mort, sont restées à la disposition du donateur jusqu'à sa mort. Il pouvait à son gré les reprendre au donataire. En s'obligeant envers des tiers, il s'est mis dans la nécessité de les reprendre au besoin pour satisfaire ses nouveaux créanciers. On fait après sa mort ce qu'il aurait fait ou dû faire lui-même. C'est la conséquence de l'idée que, préférant le donataire à ses héritiers, il se préférait au donataire. Supposons que le donateur ait renoncé à la faculté de révoquer arbitrairement, le motif disparaît; la solution ne se comprend plus.

Il en est de même de l'application de la Falcidie. Entrent dans la contribution de la Falcidie, d'un côté, les biens que le testateur a laissés, les biens dont il n'était pas dépouillé de son vivant; d'un autre côté, les libéralités qui, s'exécutant à la mort, sont comme une délibation de l'hérédité. Les biens donnés à cause de mort figurent dans ce calcul, parce que le donateur ne s'en est pas irrévocablement dépouillé, parce que ces donations pèsent sur l'héritier du donateur plus que sur le donateur lui-même (2). Cela est-il encore vrai, lorsqu'il a renoncé au droit de révoquer?

Les donations à cause de mort sont permises entre époux (3). N'est-ce point parce que le donateur, toujours maître de révoquer, peut aisément ressaisir une liberté que les blandices ou les menaces de son conjoint lui auraient momentanément enlevée? Serait-il conséquent de permettre entre époux une donation irrévocable, alors même que l'effet définitif en serait subordonné au prédécès du donateur?

Nous pouvons produire une autre preuve que les mots « donation à cause de mort » ne sont pas toujours pris dans le même sens. Une donation faite à une personne sous la condition de la mort d'un tiers et de la survie du donataire est-elle une donation à cause de mort (4)? Pourquoi non, d'après le sens naturel et vulgaire des termes? Mais une telle donation sera-t-elle assimilée à un legs? Comment serait-il possible de considérer la valeur objet

(1) Jul. fr. 17. Dig. 39. 6. *De m. c. don.* — (2) Alex. l. 5. Cod. 6. 50. *ad legem Falcidiam.* Arg. Marc. f. 27. Papin. f. 42. § 1. Dig. 39. 6. *De m. c. don.* — (3) Ulp. reg. tit. VII. § 1. — (4) Ulp. f. 11. Jul. f. 18 pr. Dig. § 96. *De m. c. don.*

de cette donation comme ne sortant du patrimoine du donateur qu'à sa mort, puisque le moment où elle sera parfaite est tout autre (1)?

Résumons-nous. La loi romaine, très-libérale en cette matière, permet de faire des donations sous des conditions quelconques, pourvu que l'honnêteté n'y soit pas blessée.

Une donation entre-vifs peut être affectée de révocabilité. Il faut seulement que le donateur se soit réservé la faculté de révoquer par une clause expresse au moment de la donation.

Une donation faite sous la condition de la survie du donataire au donateur, est licite. Il y a là un genre de disposition libérale, que notre législateur réprouve, à notre avis, sans raison suffisante. Le legs ne saurait en tenir lieu quand la volonté du donateur est de procurer, sa vie durant, la propriété et la jouissance d'un bien dont la propriété ne sera définitivement acquise au donataire, par l'évanouissement d'une condition résolutoire, que s'il survit au donateur (2).

La donation à cause de mort est de plein droit, sauf l'expression d'une volonté contraire, révocable au gré du donateur. La donation à cause de mort, révocable à la volonté du donateur, est presque en tout assimilée à un legs (3).

J. E. L.

APPENDICE V. (N° 803.)

DE L'INOFFICIOSITÉ.

Nous croyons utile de présenter un tableau résumé des restrictions successivement apportées à la faculté pour le propriétaire de disposer de ses biens à titre gratuit. Ces restrictions établies dans l'intérêt des proches du disposant ont abouti à l'institution de la légitime, qui correspond à ce que nous nommons aujourd'hui la réserve (4).

Une première distinction est à faire. Les restrictions n'ont

---

(1) Cepend. GLASSON *op. cit.* n° 17. — (2) Voy. BATBIE. *Révision du Code civil. Rev. crit.*, t. XXVIII, p. 137. — (3) DE SAVIGNY. *Traité de droit romain.* § 170. trad. Guenoux, p. 246. PELLAT. *Textes choisis*, p. 160. — (4) Nous ne comprenons pas, dans ce tableau, la nécessité imposée au père de famille de prononcer une exhérédation contre les enfants ou descendants héritiers siens qu'il n'appelle pas à son hérédité. Cette nécessité dérive de ce que le père de famille ne peut priver un de ses enfants de la copropriété qui appartient à celui-ci dans le patrimoine de la famille qu'en vertu des pouvoirs de sa magistrature domestique. Un magistrat doit prononcer une sentence contre ceux qu'il frappe. Sans doute la nécessité de l'exhérédation, d'une part, prévient l'oubli, d'autre part, arrêtera peut-être le père par la honte de prononcer une sentence injuste. Toujours est-il que, par cette prescription de la coutume, la liberté de disposer de ses biens n'est pas directement restreinte.

d'abord porté que sur les libéralités testamentaires. Ce n'est que sous l'empire, vers l'époque d'Alexandre Sévère, que les donations ont été traitées et sont devenues susceptibles d'être attaquées comme inofficieuses.

Lorsque le testament du père de famille se faisait devant le peuple assemblé dans les comices curiates, le peuple qui convertissait en loi la volonté du citoyen, exerçait-il un contrôle? Cela est supposable. (Voy. Expl., n° 640.)

Le testateur a été affranchi de ce contrôle par la faculté de tester *per æs et libram*. Les témoins, au nombre de cinq, en souvenir et comme en représentation des cinq classes du peuple, sont réduits à un rôle passif; d'ailleurs ils sont choisis par le testateur (1). La loi des XII tables consacre la liberté absolue du père de famille : *uti legassit ita jus esto*.

Sous la république, à une époque peu précise (2), la coutume (*inductum est*) a introduit un recours devant la justice sociale contre le testament dans lequel le testateur, qui avait des proches parents appelés à lui succéder *ab intestat*, oubliant les devoirs que la parenté lui imposait envers eux, les aurait injustement privés de toute part dans sa succession (3).

L'innovation repose sur cette idée : La parenté, la piété qui dérivent des rapports de famille et de sang, nous imposent le devoir de laisser une partie de notre fortune à nos proches parents qui n'ont pas démérité.

Dans le principe, le juge examinait et résolvait discrétionnairement, sans règle précise et tracée à l'avance : 1° si les parents qui se plaignaient étaient assez proches pour être écoutés (4); 2° si les plaignants s'étaient ou non rendus indignes des droits de la parenté; 3° si le testateur, n'ayant pas de torts à leur imputer, leur avait ou non laissé une part suffisante de sa fortune.

La confiance inspirée par le juge compétent, qui était le tribunal électif très-respecté des centumvirs, voilait sans doute les dangers de l'arbitraire (5).

Le juge qui estimait le testament inofficieux, le rescindait, pour le motif ou sous le prétexte que le testateur qui avait manqué aux devoirs de la famille, n'était probablement pas sain d'esprit et de cœur (6). Le citoyen, en usant mal du droit de tester, s'était montré indigne de ce droit que le législateur romain concédait comme un privilége. La *testamenti factio* lui était retirée après coup (7). La succession *ab intestat* était ouverte (8).

---

(1) GAIUS. Com. 2. §§ 101 à 104. POMP. FESTUS, v° *Classici testes*. — (2) Antérieure à Cicéron. VERNET. *De la quotité dispon*. p. 93. — (3) INST. 2. 18. *De inof. test* pr. — (4) ULP. f. 1. DIG. 5. 2. *De inof test°. Cognati, ultra fratrem, « melius » facient*... — (5) MARCEL. f. 10. pr. PAUL. f. 17. pr DIG. 5. 2. PLINE epist. lib. VI. 33. — (6) INST. 2. 18. *De inof. test*. pr. — (7) PAUL. f. 17. § 1. DIG. 5. 2. *De inof. test. Testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*. — (8) ULP. f. 6. § 1. DIG. *eod*. 5. 2. *Intestatum patremfamilias facit*.

Le progrès de la jurisprudence a consisté à remplacer l'arbitraire par des règles fixes tracées *à priori*.

La parenté nous impose le devoir de laisser à nos proches qui n'ont pas démérité une partie de notre fortune.

Reprenons successivement chacune des idées comprises dans cette formule du principe.

1° La parenté, quelle parenté? La parenté civile? oui, mais non pas celle-là exclusivement; toute parenté civile ou naturelle qui entraîne vocation successorale *ab intestat*. Le principe a été conçu et posé d'une façon tellement large que, au fur et à mesure que, grâce au préteur ou grâce à des constitutions impériales, le cercle des successeurs *ab intestat* s'est agrandi, le domaine de la *querela inofficiosi testamenti* s'est agrandi par voie de conséquence (1).

Nos proches parents, lesquels? où fixer la limite? Les descendants : nous devons pourvoir à leur sort. Les ascendants : mourant avant eux, nous devons assurer leur subsistance. Toutes les législations qui connaissent la légitime, s'accordent sur ces deux ordres de successeurs. Parmi les collatéraux, les frères ou sœurs agnats ou consanguins ont été admis par le droit civil romain, toutefois avec une notable restriction. Ils peuvent se plaindre, non par cela seul qu'ils n'ont pas eu de torts, mais seulement si le testateur leur a préféré des personnes viles. Le préteur, qui semble désapprouver le droit civil en ce point, n'admet pas à la plainte les frères ou sœurs utérins qu'il appelle pourtant à la succession (2). La limite observée par le droit prétorien, nous paraît judicieuse; le droit français refuse aux frères la qualité de réservataires.

Les parents, du nombre de ceux qui peuvent se plaindre, ne peuvent agir que dans l'ordre où ils sont appelés à la succession *ab intestat* (3).

Quand le testateur a plusieurs parents en ordre successif de la qualité de ceux qui peuvent se plaindre de l'inofficiosité, par exemple des descendants et des ascendants, il lui suffit de laisser une part convenable de sa fortune aux premiers en rang, à ceux qui, lui mourant, viendraient en premier ordre à sa succession *ab intestat*, pour que les autres n'aient pas le droit de se plaindre de n'avoir rien reçu. *Ab intestat* ils n'auraient rien recueilli; le testament ne leur fait point grief.

Mais si, à raison de l'indignité des plus proches en ordre successoral, le testateur n'a ni le devoir ni la volonté de leur laisser une part quelconque de ses biens, il doit songer à l'intérêt des

(1) MARCEL. f. 5. D. 5. 2. *Et his qui non ex masculis descendunt facultas st agendi*. — (2) CONSTANT. l. 27. C. 3. 28. *De inof. testa*. — (3). ULP. f. 6. § 1. DIG. 5. 2. Voy. BASIL. 39. 1. *De quer. test*. Schol. sur l. 6. § 1. trad. Heimbach. *In eo qui agit de inoff. test.... desideratur ut... capax successionis sit ab intestato*.

autres successibles plus éloignés en degré et faire à ceux-ci une part dans la distribution de sa fortune. Les affections et les devoirs suivent l'ordre des successions légitimes. Tel paraît être le système du droit romain (1).

2° Démérité? Comment? Soit par des torts envers le défunt, soit par des torts généraux contraires à l'honneur de la famille (2).

Les torts sont si variables, l'indignité de la conduite a paru si difficile à définir, que l'appréciation discrétionnaire a été maintenue à cet égard jusqu'au Bas-Empire (3).

3° Une part convenable de sa fortune? L'arbitraire à cet égard mettait le droit de tester, la validité du testament en assez grand péril, aussi a-t-il cessé d'assez bonne heure sous l'empire (4). Le testateur a su dès lors, à l'avance, la quotité de sa fortune qu'il devait réserver à ses proches, la quotité dont il avait la libre disposition. La Falcidie, qui réglait les rapports de l'héritier institué avec les légataires, a fourni un type qui a été étendu aux rapports des membres légitimaires de la famille avec les héritiers institués ne pouvant pas invoquer les droits du sang (5).

Le parent en faveur duquel existe l'*officium pietatis*, ne peut pas se plaindre, quand il a reçu le quart de ce qu'il aurait reçu *ab intestat. Quarta portio legitimæ portionis* (6). D'où les expressions de *légitime* et *légitimaires*, remplacées aujourd'hui par *réserve* et *réservataires*.

La légitime se calcule individuellement pour chaque parent légitimaire, d'après ce qu'il aurait recueilli *ab intestat* (7).

En définissant la légitime que les textes appellent *debita portio*, on est porté à dire : portion à laquelle certains proches parents ont droit. Cette expression ambiguë prête à l'erreur; elle paraît impliquer qu'ils ont un moyen de l'obtenir, une action pour l'exiger. Or, cela n'est pas, du moins dans le système romain à l'époque du droit classique. — La légitime est ce que certains proches parents doivent avoir reçu pour n'être pas autorisés à se plaindre de l'inofficiosité du testament. Si ces parents, n'ayant pas démérité, n'ont pas reçu leur légitime, ou ne l'ont pas reçue entière, ils sont fondés à se plaindre, et le succès de la plainte est la rescision du testament. Pour n'avoir pas obtenu du défunt la part qui leur était due, ils recueilleront l'hérédité entière. La sanction dépasse la mesure du droit sanctionné. Le législateur ne

---

(1) PAPIN. f. 14. PAUL. f. 31. DIG. 5. 2. Dissert. de M. Machelard p. 610. *Dévol. et accr. dans la querela*. Aj. LABBÉ *Du calcul de la réserve*, nos 20 et suiv. — (2) ULP. f. 3. § 5. DIG. 37. 4. *De bon. poss. c. tab.* L. 11. l. 19. l. 33. § 1. C. 3. 28. *De inof. test.* — (3) Nov. 115. c. 3, c. 4. — (4) Pline met encore en question la suffisance d'une quarte. *Epist.* 5 1. — (5) L. 31. C. 3. 28. PAUL. *Sent.* 4. 5. § 5. PAP. f. 8. § 9. DIG 5. 2. — (6) INST lib. 2. tit. 18. § 3. — (7) ULP. f. 8. § 8. DIG. 5. 2. *De inof. test.* Voy. sur les discussions que ce texte a soulevées, RAGON, *Du droit de rétention*, t. I, p. 57. n. 49 et suiv. BOISSONNADE, *Hist. de la réserve héréd.* nos 148 et suiv. LABBÉ, *De la man. de calculer la réserve*, nos 14 et suiv.

répare pas l'injustice commise en modifiant les dispositions testamentaires, il les renverse de fond en comble. — Si le testament est l'œuvre d'un esprit sage, pénétré des devoirs de famille, il est respecté; si le testament paraît l'œuvre d'un esprit passionné, préférant ses caprices à ses devoirs, il est anéanti. Le testateur ne méritait pas le privilége de mettre sa volonté à la place de la loi commune.

Nous essayons de comprendre; nous ne justifions pas.

Du reste, la tendance des réformes accomplies au Bas-Empire a été de restreindre les effets de la plainte dans les limites de la *debita portio*. Suivons ce mouvement.

Le testateur qui voulait ne laisser à l'un de ses parents légitimaires que sa légitime, rien de plus, et cela en biens particuliers, était, sous l'empire du droit classique, embarrassé. Il calculait d'après la valeur de ses biens à l'époque de la confection du testament, et la question portée en justice était ensuite jugée d'après l'état de la fortune et la valeur des biens à la mort du testateur.

Une personne imagina d'ajouter dans son testament : Si ce que je laisse à mon légitimaire n'est pas suffisant, équivalent à ce que je lui dois, je veux que sa juste part soit complétée selon l'arbitrage d'un homme de bien. Constantin jugea la clause valable (1).

Justinien, généralisant la solution, décide que le légitimaire qui aura reçu du défunt quelque bienfait imputable sur sa légitime, n'aura plus le droit d'attaquer le testament comme inofficieux; il n'aura qu'une action en complément de sa légitime (2).

Cette réforme a influé, non pas seulement sur l'étendue de ce que le légitimaire pouvait obtenir, mais sur le caractère du procès soulevé par le légitimaire.

La *querela inofficiosi testamenti* ressemble à une action d'injures. Le parent qui se plaint d'avoir été injustement traité, se venge de l'offense qui lui a été faite; il accuse la mémoire, il attaque l'honneur du défunt, il lui impute l'oubli de ses devoirs, il veut lui enlever rétroactivement le droit de tester. La querelle a un caractère passionné, violent, comme il est fréquent dans les mœurs rudes et primitives. Aussi, celui qui succombait dans sa plainte, était indigne de rien recevoir en vertu du testament (3).

L'action en complément a un caractère beaucoup plus doux : le testateur n'a pas été injuste, on ne le soutient pas; il a commis une erreur, le juge la réparera. Le demandeur n'élève pas une accusation blessante; s'il se trompe lui-même, tout en échouant, il conservera ce que le testateur lui destinait (4).

---

(1) L. 4. C. Theod. 2. 19. *De inof. test.* — (2) L. 30 pr. et l. 34 *in fine*. C. 3. 28. *De inof. test.* — (3) Inst. 2. 18. § 3. Ulp. f. 8. § 14. Dig. 5. 2. — (4) L. 30 pr. C. 3. 28. Le testateur, qui accuse d'ingratitude le parent auquel il laisse une libéralité inférieure à la légitime, met par cela même obstacle à ce que ce parent exerce l'action en complément.

Après cette réforme de l'an 528, la *querela inofficiosi testamenti* restait ouverte au légitimaire qui n'avait rien reçu. S'il réussissait à prouver qu'il n'avait pas démérité, il faisait tomber tout le testament, institutions d'héritier, legs, affranchissements (1).

Une novelle de l'an 542 a corrigé cet excès. Le débat est restreint entre les héritiers institués dans le testament et les légitimaires exhérédés ou omis. Le testateur a eu le tort de préférer, dans l'institution, des amis ou des parents plus éloignés, aux proches qui n'avaient point démérité. Ces derniers auraient dû être institués. Le législateur refait le testament, il répute accompli ce que le testateur aurait dû faire. Le succès obtenu dans la *querela* aboutit, non à la nullité complète du testament, mais à la substitution, comme héritiers, des légitimaires triomphants à ceux qui avaient été institués par l'effet d'une préférence injuste. Les legs et les fidéicommis subsistent. Ils sont seulement réduits dans la proportion nécessaire pour que la légitime soit intacte.

L'arbitraire qui jusqu'alors régnait dans l'appréciation des torts imputables au légitimaire a disparu au Bas-Empire. L'empereur a limitativement énuméré les causes d'exhérédation ou d'exclusion de la succession des descendants et des ascendants. (Voy. nov. 115.)

Justinien a en même temps opéré un changement dont toutes les conséquences ne sont pas certaines. Il a modifié le caractère de l'exhérédation.

Originairement, l'exhérédation était l'acte par lequel le père de famille, en testant, enlevait à l'un de ses enfants en puissance la qualité d'héritier sien. L'exhérédation dans ce cas ne faisait pas seulement évanouir une espérance de succession; elle enlevait un droit acquis comme copropriétaire du patrimoine de la famille.

Le préteur avait déjà donné au mot exhérédation un sens différent en l'appliquant aux descendants qui, sortis de la famille, auraient été au nombre des héritiers siens sans la *capitis minutio* dont ils avaient été frappés. En ce cas, l'exhérédation n'enlevait pas un droit de copropriété qui, attaché à l'agnation, avait déjà été perdu par la *capitis minutio*. Elle privait de la *restitutio* offerte, du rappel à la succession accordé par le préteur au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*.

Justinien élargit beaucoup la portée de l'expression. Il considère tous les parents légitimaires comme devant être honorés du titre d'héritier s'ils n'ont pas démérité. Dans le cas contraire, ils doivent être exhérédés avec indication de la cause de l'exhérédation.

Exhéréder maintenant, c'est, par la constatation du démérite, enlever à un parent les avantages qu'il tient de la loi à titre d'héritier légitimaire.

(1) L. 30. § 1. C. 3. 28. Ulp. f. 8. § 16. Dig. 5. 2.

Autrefois, le testateur pouvait, sans blesser en rien l'*officium pietatis*, d'une part, exhéréder un de ses parents auquel il n'avait aucun reproche à faire, et, d'autre part, satisfaire à la piété en lui laissant, à titre de fidéicommis ou de legs, une portion suffisante ou même notable de sa fortune. Le but était ou de protéger des petits-fils qui étaient institués contre la prodigalité de leur père réduit à un émolument viager, ou d'affranchir un fils impubère des soucis d'une liquidation héréditaire difficile. Les interprètes qualifient cette exhérédation d'officieuse. Elle était inspirée par l'*officium pietatis* (1).

Au Bas-Empire, depuis la novelle 115, l'exhérédation semble avoir toujours un caractère flétrissant. Le but que l'on poursuivait par l'exhérédation officieuse peut encore être atteint, mais par une autre voie. Celui auquel le testateur ne reproche rien, qu'il veut seulement délivrer des embarras attachés à la qualité d'héritier, sera institué *in re certa, in rebus certis*. Il sera honoré du titre d'héritier; il sera d'ailleurs semblable à un légataire (2).

L'empereur byzantin ne distingue plus entre l'exhérédation des héritiers siens et l'exhérédation des autres légitimaires. Faut-il en conclure qu'il a effacé la différence, grave au point de vue des conséquences, entre l'omission des héritiers siens et l'omission des autres légitimaires?

Autrefois, l'omission d'un héritier sien entraînait la nullité radicale du testament. L'omission d'un descendant rétabli par le préteur au nombre des héritiers siens donnait ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas*. L'omission d'un autre légitimaire, descendant par les femmes, ascendant, permettait seulement à ce légitimaire d'attaquer le testament pour inofficiosité.

Que décider depuis la novelle?

Les interprètes sont partagés. Nous ne ferons qu'esquisser les deux opinions principales.

Les uns soutiennent que dans les trois situations décrites : omission d'un héritier sien, omission d'un émancipé, omission de tout autre légitimaire, la seule ressource du légitimaire omis est d'intenter la *querela inofficiosi testamenti*. Il n'a pas à justifier sa conduite; aucune preuve de démérite n'est admissible contre lui; le testateur ne lui a rien imputé. Mais il doit agir dans le délai de cinq ans, et peut, avant la fin de ce délai, renoncer à son action en approuvant le testament. Le succès par lui obtenu le substitue purement aux héritiers institués, en le laissant chargé des legs et des fidéicommis, pourvu que sa légitime soit intacte.

Le débat est simple; l'incertitude sur la dévolution de l'héré-

(1) ULP. f. 12. § 2. DIG *De bon. lib.* 38. 2. ULP. f. 18. DIG. *De liberis* 28. 2. TRYPH. f. 16. § 2. DIG. *De cur. fur.* 28. 10. — (2) JUSTIN. l. 13. Cod. *De hered. inst.* 6. 24. — Voy. LABBÉ *De la manière de calculer la réserve*, p. 29, note 1. MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. III. § 392. note 43.

dité n'est pas prolongée; le testament est maintenu dans la plus large mesure possible.

D'autres auteurs croient que les anciennes distinctions subsistent. Les héritiers siens et ceux que le préteur leur assimile, omis, ont trente ans pour venir à la succession. Ils n'ont à subir que les legs privilégiés dont la *bonorum possessio contra tabulas* comportait le respect et l'exécution. Pour eux l'exhérédation est encore une condition de la validité du testament. — Les autres légitimaires, omis, n'ont que cinq ans pour quereller le testament qui les exclut par le silence. Ils feront tomber l'institution d'héritiers, mais non les legs ou fidéicommis.

Donnons à cet égard un renseignement curieux. Les règles de la *bonorum possessio contra tabulas* ont été reproduites dans les Basiliques (1). Elles auraient donc survécu à la novelle dans la pensée des rédacteurs de ce recueil. On serait fondé à le croire. Mais une scholie en atteste la désuétude. En voici la traduction : « Ce titre, selon le droit actuellement en vigueur, est inutile. Depuis le Code une novelle a énuméré les causes d'exhérédation, en dehors desquelles, si le fils a été exhérédé ou omis, l'institution est infirmée et tous les legs s'exécutent; aussi ce titre n'est pas observé. »

Ce témoignage vient énergiquement à l'appui de la première opinion, qui est au surplus dirigée dans le sens du courant établi au Bas-Empire et conforme au progrès continu de la législation. Dans la succession, les enfants en puissance ne se distinguent plus des autres descendants. Du testament qui contient une atteinte au droit du légitimaire, il faut respecter et maintenir au moins les legs exécutoires sur la part disponible de la fortune.

Il existe sur ce problème beaucoup d'autres opinions. Dans un livre élémentaire nous croyons devoir les passer sous silence (2).

Jusqu'à présent nous avons considéré l'inofficiosité comme ne concernant que les dispositions testamentaires. Le propriétaire est donc libre, quel que soit l'état de sa famille, de disposer de ses biens par donations entre-vifs? Cette séparation entre la disposition entre-vifs de sa fortune et le règlement de la succession, a été admise à l'origine et a longtemps subsisté.

Il en résultait contre le légitimaire que, dans le calcul du patrimoine dont il devait avoir une portion, n'étaient pas comptés les biens donnés entre-vifs; étaient seuls compris dans la masse les biens laissés par le défunt et les biens donnés par lui à cause de mort, lesquels n'étaient pas considérés comme définitivement sortis du patrimoine, puisqu'il avait le droit de les reprendre.

(1) Basil. l. 40. tit. 3. — (2) Voy. le Traité des successions à cause de mort en droit romain de M. Alph. Rivier. § 34. Maynz. *Cours de droit romain*. t. III. § 392

Il en résultait aussi, en faveur du légitimaire, que les donations entre-vifs qu'il avait reçues purement du *de cujus*, si considérables qu'elles fussent, n'étaient pas imputables sur sa légitime, et n'avaient point pour conséquence de lui interdire la querelle d'inofficiosité (1).

Les légitimaires semblaient suffisamment protégés contre l'excès des donations entre-vifs par l'intérêt du donateur, qui ne pouvait ainsi dépouiller son successible qu'en se dépouillant lui-même.

Néanmoins il fut reconnu plus tard que les donations entre-vifs pouvaient être faites avec exagération, dans la pensée de nuire aux légitimaires. Et cela se comprend ; en fait, l'intérêt du donateur pouvait n'être pas un frein suffisant, soit que le disposant se réservât l'usufruit des biens donnés, soit qu'il eût d'ailleurs pour vivre des ressources viagères.

Il a été admis que les donations entre-vifs seraient, s'il y avait lieu, déclarées inofficieuses, contraires à l'*officium pietatis*, que les légitimaires auraient le droit de se plaindre de leur énormité, qui révélerait le dessein d'éluder les règles sur la légitime (2).

Cette jurisprudence date probablement d'Alexandre Sévère (3).

La révocation du droit des donataires entre-vifs a été d'abord subordonnée à la preuve de l'intention chez le donateur de tromper, par des dispositions en quelque sorte préventives, et le vœu de la loi et les espérances des légitimaires. *Si liquet... aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus exinanisse... ad eludendam inofficiosi querelam.* Plus tard, le principe qui restreint la faculté de disposer entre-vifs s'établit et s'appliqua indépendamment de la volonté de faire fraude indirectement à la légitime (4).

La protection des légitimaires a paru tellement juste qu'elle l'a emporté sur la faveur du mariage et des dots qui facilitent le mariage. Les dots elles-mêmes ont été soumises à la querelle d'inofficiosité (5).

Le résultat de l'attaque dirigée contre les donations a d'abord été modelé sur celui de la *querela inofficiosi testamenti*. Le légitimaire, par une sorte de *restitutio in integrum,* obtenait plus que sa légitime, tout ce qu'il aurait recueilli comme héritier sur les biens si la donation n'avait pas été faite (6).

Mais ensuite, vers l'époque de Dioclétien, l'action ouverte au profit du légitimaire contre les donations a été convertie en une action en réduction, en retranchement dans la mesure de l'atteinte

---

(1) Nous disons *purement* parce que, suivant nous, si le donateur avait déclaré sa volonté que la donation fût imputable, nous croyons que l'imputation avait lieu. C'est un point controversé. LABBÉ, *Du calcul de la réserve*, p. 19. note 1. — (2) PHILIPPE. l. 1. C. 3. 29 *De inoff. donat.* — (3) PAUL. fr. 87. § 3. DIG. 31. *De legatis 2°*. — (4) CONSTANTIN. l. 9. C. 3. 29. — (5) CONSTANCE. l. 1. C. 3. 30. *De inoff. dotibus.* — (6) PAUL. fr. 87. § 3. DIG. 31. *De leg. secundo.*

portée à la légitime (1). Ce changement est remarquable. Il est antérieur à l'introduction de l'action en supplément. A une époque où les libéralités testamentaires excessives étaient, non pas réduites, mais anéanties, les donations entre-vifs ne subissaient que le retranchement nécessaire pour que la légitime fût intacte. La situation du donataire investi d'un droit acquis, et auquel il faut ravir ce qui lui appartient, a semblé plus digne de ménagement que celle d'un héritier ou d'un légataire qui est simplement privé d'une acquisition espérée. Le droit de donner, conséquence du droit de propriété, a peut-être aussi paru plus respectable, moins facile à retirer que le droit de tester, considéré comme un privilége.

Cette innovation a entraîné la nécessité de compter dans la masse, dont la légitime est une fraction, non-seulement les biens laissés, mais encore les biens donnés entre-vifs.

Cette innovation aurait dû faire admettre l'imputation des donations entre-vifs sur la légitime; mais aucun texte ne prouve que cette conséquence logique ait été déduite, et l'ancien droit a été sans doute maintenu à cet égard.

Ce qui le prouve, c'est que le législateur, même après la réforme dont nous parlons, a pris soin de spécifier certaines donations entre-vifs, présentant un caractère spécial, dont il ordonne l'imputation sur la légitime. Il en est ainsi de la constitution de dot, de la donation *propter nuptias*, de la donation faite en vue de l'achat d'un office (*militia*) (2). Ces libéralités sont, suivant une expression moderne très significative, des avancements d'hoirie. L'ascendant se décide à donner, par anticipation, ce que le descendant recueillerait à sa mort, afin de faciliter l'établissement de ce dernier dans le monde.

Parmi les légitimaires nous n'avons fait figurer que des parents.

Le droit des novelles semble conférer au conjoint du *de cujus* un droit de même genre.

Rappelons succinctement les états successifs de la législation à cet égard.

Anciennement, la femme *in manu* avait les droits d'une *filiafamilias*.

Omise dans le testament de son mari, elle avait le *jus accrescendi*, elle était d'office inscrite au nombre des héritiers institués (3).

Exhérédée, elle avait la *querela inofficiosi testamenti*.

Après la désuétude de la *manus*, la femme n'a plus été pro-

---

(1) Diocl. l. 5. C. 3. 29. *ex donationibus detractum, debitum... subsidium consequantur*. (2) Inst. 2. 18. § 6. Zeno. l. 29. Justin. l. 30. § 2. Cod. 3. 28. *De inof. test.* — (3) Gaius. 3. § 24.

tégée contre l'oubli de son mari mourant avant elle sans lui rien laisser. Tout conjoint avait le bénéfice de la vocation prétorienne, mais *ab intestat* et à défaut de parent successible.

Au Bas-Empire, Justinien, par des novelles qui, sur plusieurs points, se contredisent, a créé un système que nous résumons ainsi.

Un conjoint pauvre, survivant à un conjoint riche (cela est vague, il faut l'avouer), a droit en général à un quart de la fortune du prédécédé :

En usufruit, s'il est en concours avec des descendants;

En propriété, s'il est en concours avec d'autres héritiers.

Le conjoint a plus qu'un droit de succession ; car il peut faire réduire les libéralités à cause de mort qui portent atteinte à sa quarte.

Il doit imputer sur cette quarte les libéralités à cause de mort qu'il a reçues du défunt.

Quant aux donations entre-vifs, faites à des tiers, il ne saurait les attaquer; reçues par lui-même, il n'est pas tenu de les imputer (1).

Voilà en termes très succincts comment a été résolue par le droit romain cette question, qui se pose encore aujourd'hui devant notre législateur, des droits successoraux du conjoint (2).

Le droit romain a, dans le sujet que nous venons de traiter, prévu presque tous les problèmes. Il a de plus, dans ses différentes phases, présenté tous les types de solution :

1° La liberté absolue du propriétaire;

2° La liberté du père de famille dans l'usage de la propriété par actes entre vifs, combinée avec l'obligation de veiller à l'intérêt de ses proches dans les dispositions à cause de mort;

3° L'institution d'une réserve au profit des proches parents, réserve à laquelle ne peuvent porter atteinte ni les actes de libéralité à cause de mort, ni les actes de libéralité entre-vifs.

APPENDICE VI. (Nos 970, 972.)

DES FIDÉICOMMIS ET DES CODICILLES.

Les Instituts de Justinien nous exposent séparément, en matière de dispositions testamentaires, les règles pures du droit civil ancien sur les institutions d'héritier et les legs et celles du droit impérial sur les fidéicommis. Ces deux sources de jurisprudence

---

(1) Nov. 53. 74 et 117. — (2) M. Boissonade, *Hist. des droits de l'époux survivant*, 1874.

ne se sont jamais, du moins avant Justinien, confondues au point que l'une, celle qui dans le conflit triomphait, absorbât l'autre et la fît disparaître. Le droit romain laisse subsister les nuances entre les diverses couches de sa formation successive. Il ne détruit pas; il neutralise. C'est un procédé favorable aux études historiques, à la restauration du passé, mais de nature à troubler l'esprit dans la connaissance du présent.

Il est évident que, dans la pratique, un seul droit s'observait, et que parmi les règles rigoureuses du droit primitif, celles que les fidéicommis permettaient d'éluder, étaient comme abolies.

La sanction accordée sous Auguste aux fidéicommis a été une occasion pour le législateur romain de reviser ses vieilles institutions et d'ériger, sans abrogation expresse, un droit nouveau, plus simple, plus libéral envers la volonté de l'homme. Quel a été le résultat de cette révision du régime des hérédités testamentaires? C'est ce que nous voudrions montrer dans un tableau d'ensemble.

Nous devons d'abord distinguer deux périodes dans l'histoire des fidéicommis obligatoires, 1° une période où règne l'arbitraire du magistrat, 2° une période où des règles précises sont établies.

L'empereur, pour prévenir le scandale de la conduite de fiduciaires qui refusaient impudemment d'exécuter les charges de restitution à eux imposées, *ob insignem quorumdam perfidiam*, a ordonné aux consuls d'interposer leur autorité en faveur des fidéicommissaires : *jussit consulibus auctoritatem suam interponere* (1).

Faut-il croire que le magistrat ait dû désormais contraindre à l'exécution de tous les fidéicommis, même de ceux qui étaient contraires à des lois, à des lois récentes pleinement en vigueur?

Faut-il admettre que les fidéicommis au profit de pérégrins, au profit de célibataires, aient été aveuglément sanctionnés?

Un texte de Gaius (2), mal interprété, pourrait le faire penser. Le désir d'avantager des pérégrins, des incapables, a été l'origine des fidéicommis. — Oui, sans doute, les disposants ont fait appel à l'honneur de leurs héritiers pour éluder les lois restrictives de leur liberté. Mais cela ne signifie pas que, après la réforme d'Auguste, les magistrats aient dû intervenir pour contraindre à l'exécution de dispositions fidéicommissaires contraires à la loi. Non, cela est inadmissible. Nous ne saurions admettre que, dans cette lutte entre la loi qui prohibe et le testateur qui essaie de s'affranchir de toute entrave, le magistrat ait, par son autorité, fait toujours pencher la balance en faveur de la volonté de l'homme, contre la prescription de la loi.

Seulement, dans les premiers temps de la réforme, le magistrat était abandonné à ses propres inspirations; il se livrait à un

---

(1) Inst. 2. tit. 23. § 1. — (2) Gaius. 2. § 285.

examen discrétionnaire; il empêchait des manques de foi qui auraient révolté la conscience publique. Mais, tenant au respect des lois, surtout des lois récentes et qu'aucune désuétude ne pouvait atteindre, il faisait un choix entre les fidéicommis, sanctionnant les uns, laissant tomber les autres dans le néant.

Peu à peu, des règles ont été tracées. La magistrature a été dirigée dans sa marche. A un pouvoir arbitraire ou discrétionnaire, a été susbstituée une jurisprudence soumise à des principes. C'est par l'établissement de ces principes, sous les règnes des empereurs, de Vespasien à Adrien, qu'une refonte a été opérée dans la législation des dispositions de dernière volonté. Les règles anciennes contraires à l'esprit nouveau des mœurs, n'ont pas été étendues aux fidéicommis, elles ont pu être éludées, indirectement violées, elles ont été, pour ainsi dire, abrogées. Les règles dont l'esprit était toujours subsistant, ont été étendues aux fidéicommis. Que reste-t-il du droit primitif après ce remaniement? Nous allons essayer de le décrire.

§ Ier.

Considérons la forme.

Un principe voulait que la volonté de l'homme réglant la dévolution de ses biens après sa mort, se produisît dans une forme solennelle; formes du testament, formules impératives de l'institution d'héritier, formules des legs (1).

Le droit nouveau attache un effet à une volonté manifestée avec certitude, quel que soit le mode de sa manifestation.

L'écriture n'est même pas nécessaire (2).

D'un formalisme rigoureux, les Romains ont passé à un affranchissement de toute forme qui peut sembler excessif. Toute volonté certaine d'un mourant est respectée; mais la volonté même du disposant n'est pas suffisamment protégée. Aussi une réaction a été opérée au Bas-Empire (3).

Mais alors, s'il en était ainsi, dans le Haut-Empire, depuis le triomphe des fidéicommis et des codicilles, comment concevoir que l'on se soumît encore aux solennités des testaments, puisque sans l'emploi de leurs formes compliquées, la volonté n'en avait pas moins une efficacité?

1° La confection du testament enlevait au magistrat la mission de rechercher discrétionnairement si la volonté du mourant était sérieuse et convenablement attestée.

(1) Ulp. reg. 20. § 1. Gaius. 2. § 117. 165. 174. 179. 192 et suiv. — (2) Ulp. reg. 25. § 1 et 3. *Ex voluntate datur, etiam nutu.* — (3) Comp. Inst. 2. 25. § 3 qui reflète le droit classique : *nullam solemnitatem,* avec Théod. l. ult. § 3. Cod. *De codic.* 6. 36.

On ne risquait rien à tenter l'accomplissement des formes du droit civil. Si l'on n'obtenait point par une régularité parfaite la plénitude d'effet du droit civil, le magistrat donnait sans doute satisfaction à une volonté qui lui paraissait certaine, par la voie des fidéicommis (1). Théodose, s'inspirant de rescrits antérieurs, subordonne la conversion du testament en codicille à une clause expresse (2). La clause codicillaire réunit les avantages des deux législations, puisque le testament irrégulier comme tel est transformé en codicille, et ses dispositions, en fidéicommis.

2° En outre, une volonté fidéicommissaire avait une certaine efficacité, mais non pas une aussi pleine efficacité que les dispositions en termes directs et impératifs régulièrement insérées dans un testament.

Le fidéicommis ne procurait qu'un droit de créance, et jusqu'à la restitution, le droit du fidéicommissaire était moins fort que celui de l'héritier institué, ou du légataire *per vindicationem*, à qui la propriété arrivait directement du défunt, sans passer par aucun intermédiaire, ni dépendre de la volonté, de la fidélité de celui-ci.

Que la nature du droit résultant du fidéicommis fût un droit de créance, c'est ce qu'établissent à nos yeux un grand nombre de preuves. — Un fidéicomis ne se conçoit pas, non plus qu'une obligation, sans la détermination de deux personnes, le fiduciaire et le fidéicommissaire. C'est qu'entre eux naît un rapport, un rapport de dette et de créance, d'obligation. La forme habituelle du fidéicommis répond à cette idée. Le disposant s'adresse à une personne qu'il a gratifiée, comme le testateur dans le *legatum per damnationem* à l'héritier institué, et lui confie l'exécution de la libéralité seconde. Gaius, au surplus, l'exprime très-nettement à propos d'un fidéicommis d'hérédité : *Titium heredem nostrum obligatum relinquimus de fideicommisso restituendo* (3). Cette phrase est remarquable. Elle est écrite après le sénatus-consulte Trébellien. Elle dissipe une illusion que suscite l'idée que le fidéicommis d'hérédité place le bénéficiaire *loco heredis*. Semblable à l'héritier, n'a-t-il pas les droits du défunt comme par l'effet d'une transmission directe? Non. Le fidéicommissaire universel, même celui qui peut se prévaloir du sénatus-consulte Trébellien, doit obtenir préalablement une restitution de l'héritier fiduciaire. Cette restitution consentie par l'héritier a un effet général, universel, sur tous les éléments de l'hérédité, droits réels, droits de créance, tous passent *jure prætoris, utilitatis causa*, par

(1) Paul. f. 29 § 1, Dig. *qui testam* 28. 1; Scævola, f. 88 § 17. Dig. *De legatis* 2°, 31. — (2) Théod. l. ult. § 1. C. 6. 36. Ulp. f. 1. Dig. *De jure codicillorum*, 29. 8; Pap. f. 41 § 3. Dig. *De vulg. et pup. subst.* 28. 6. — (3) Gaius. 2. § 277.

l'effet du seul consentement. Il n'en est pas moins vrai que le fidéicommissaire est investi des droits du défunt, de seconde main ; il les tient du fiduciaire ; il ne peut recevoir ainsi que les droits résidant encore sur la tête du fiduciaire au moment de la restitution consentie (1).

La restitution n'est pas un déguerpissement devant un droit indépendant et absolu qui s'exerce. Elle est la cause de la transmission des droits du défunt au fidéicommissaire qui, jusqu'alors, n'était que créancier de l'héritier. Aussi ne suffit-il pas que le grevé renonce à son droit pour que l'appelé ne rencontre plus d'obstacle au sien. Quand on a voulu prévenir la chute du fidéicommis par suite du refus du fiduciaire, on a fait en sorte que celui-ci reçût l'ordre d'accepter et n'eût aucun motif pour désobéir. Il fallait avoir un débiteur à mettre en face du fidéicommissaire (2).

L'accroissement n'a pas lieu dans les fidéicommis, non plus que dans les legs *per damnationem* (3).

Le fiduciaire qui, par erreur, délivre au fidéicommissaire plus que le montant exact du fidéicommis, fait un paiement indu et voit s'ouvrir à son profit la *condictio indebiti*. Le fiduciaire est donc un débiteur, et l'exécution d'un fidéicommis est un paiement (4).

Le fidéicommis se traduit parfois par une défense d'aliéner. L'expression conduit à penser que la propriété du fiduciaire est grevée d'indisponibilité au profit du fidéicommissaire, que ce dernier, propriétaire, sous condition suspensive, peut après coup revendiquer les biens aliénés. Cela ne nous paraît pas exact. Un fidéicommissaire n'a jamais la revendication avant d'avoir obtenu du grevé la restitution du fidéicommis. La restitution suppose la conservation et n'a d'effet que relativement aux choses conservées. Jusqu'à la restitution, le fidéicommissaire n'a qu'un droit de poursuite *extra ordinem* contre le grevé. Un droit contre une personne déterminée ressemble beaucoup à un droit de créance. Paul, en refusant au fidéicommissaire, non pas seulement comme Gaius, le droit de procéder par formules, mais spécialement la revendication, nous fait comprendre que la *petitio extra ordinem* n'a pas l'énergie de la *rei vindicatio* (5). Voilà une théorie qui repose sur un nombre considérable de témoignages concordants.

Nous devons reconnaître, toutefois, que, en matière de restitution d'hérédité, le magistrat interposait son autorité pour faire rentrer dans la masse, au profit du fidéicommissaire, les biens aliénés par le fiduciaire en violation de son devoir et au profit de

(1) ULP. fr. 37 pr. GAIUS. fr. 63 pr. DIG. 36. 1. *Ad. s. c. Trebell. Facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt ejus.* — (2) INST. 2. 23. § 7. *in fine.* — (3) FRAG. VATIC. § 85. *in fine.* — (4) GAIUS. 2, § 283. — (5) PAUL. *Sent.* 4. tit. 1. *De fideicom.* § 18. *Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.*

tiers de mauvaise foi. Mais, d'après la rédaction des textes, une telle aliénation n'était pas nulle comme faite par une personne sans droit; elle était révocable, à peu près comme les actes d'un débiteur en fraude de ses créanciers. La révocation dépendait des circonstances. En général, la bonne foi mettait les tiers acquéreurs à l'abri de toute recherche et hors de l'atteinte du fidéicommissaire lésé (1).

3° Le fidéicommissaire universel était, après restitution, *loco heredis*, assimilable à un héritier, propriétaire *jure prætorio* des biens du défunt, ayant des actions utiles pour exercer ses créances; mais l'héritier fiduciaire retenait un quart de ce qu'il avait recueilli, et le disposant ne pouvait faire parvenir, au plus, à son fidéicommissaire universel que les trois quarts de son hérédité. Celui qui voulait supplanter absolument l'héritier légitime et mettre à la place, pour le tout, le successeur universel par lui agréé, était forcé de faire un testament, tout au moins dans la forme prétorienne. L'institué, *heres* ou *bonorum possessor cum re*, excluait l'héritier légitime. Le fidéicommissaire recevait de l'héritier institué les trois quarts au plus de l'hérédité.

Le testament conservait donc un avantage sur le codicille. Seul il pouvait contenir des dispositions ayant la vertu de transférer directement les droits du défaut. Seul il pouvait opérer, par l'institution d'héritier, une transmission intégrale et sans réserve du patrimoine du testateur.

Le droit civil n'admet la validité que d'un seul testament. Si le testateur change de volonté, il doit refaire en entier ses dispositions (2). Une personne peut, au contraire, suivant la jurisprudence nouvelle, laisser en mourant plusieurs codicilles valables. Un codicille plus récent n'abroge pas de plein droit les codicilles antérieurs; il se combine avec eux dans les dispositions qui ne sont pas incompatibles (3). C'est la source de ces procès nombreux qui, de nos jours encore, posent aux juges de si difficiles questions de révocation tacite.

---

(1) PAUL. *Sent.* 4. 1. *De fid.* § 15. *Si heres vendiderit eamque sciens comparaverit.* SCÆVOLA. fr. 89. § 7. DIG. 31. *De leg.* 2°. *Propter ignorantiam mulieris et emptoris, heredem mulieris fideicommissario pretium dare debere.* SCÆVOLA. fr. 38 pr. DIG. 32. *De leg.* 3°. *An emptores qui fideicommissum ignoraverunt bene emerint.* ULP. f. 22. § 4. DIG. 36. 1. Un texte concernant les servitudes qui existaient entre les fonds du défunt et ceux de l'héritier grevé, et qui renaissent après la restitution au fidéicommissaire, est embarrassant dans notre manière de voir et difficile à concilier avec les autres documents qui nous sont parvenus. Elles devraient, selon nous, être rétablies. En tout cas, elles n'existeront que *jure prætorio*. MARCIANUS. f. 73. § 1. DIG. 36. 1

(2) INST. 2. 17. § 2. Il ne faut pas s'en étonner. Des publicistes modernes voudraient que le législateur procédât toujours de même et n'abandonnât pas aux interprètes le soin de combiner des lois successives sur le même objet, partiellement contradictoires entre elles. — (3) INST. 2. 25. § 3.

§ 2.

Si, des formes, nous passons à la capacité, à la détermination des personnes qui peuvent faire ou recueillir des fidéicommis, nous constaterons un changement beaucoup moins radical.

Celui-là peut laisser un fidéicommis valable, qui serait capable de faire un testament (1). Donc au point de vue de la capacité de régler la dévolution de son hérédité, point d'innovation ; elle est demeurée *jure romano* le privilége des citoyens romains, c'est-à-dire de ceux qui participent à la cité romaine par le *jus commercii* et, parmi les citoyens, de ceux auxquels le droit civil l'a concédée. Un fils de famille n'a ni plus ni moins le droit de laisser des fidéicommis que celui de faire des dispositions testamentaires.

En ce qui concerne la capacité de profiter d'un fidéicommis laissé par un citoyen romain, nous apercevons un progrès plus notable, mais encore modéré.

L'incapacité prononcée contre les femmes par la loi Voconia n'a pas été appliquée aux fidéicommis. Elle a pu être éludée par une restitution fidéicommissaire (2). Elle est devenue à peu près une lettre morte. Un littérateur a pu dire qu'elle était tombée en désuétude (3). L'idée qui avait dicté le système de la loi Voconia, empêcher les femmes de s'enrichir pour s'opposer à la démoralisation, n'était plus vivante sous l'empire.

Les Latins Juniens ont pu recevoir des fidéicommis. La loi Junia Norbana subordonnait, pour eux, la faculté de profiter des institutions et des legs, à l'acquisition de la qualité de citoyen romain, au plus tard dans les cent jours après le décès du testateur. Cette loi poursuivait deux buts contradictoires : ménager l'intérêt du maître à qui on imposait seulement de respecter la liberté viagère de l'esclave imparfaitement affranchi ; stimuler l'affranchi à conquérir la cité romaine par des services rendus à l'Etat. Or, dès que l'affranchi était citoyen romain, le droit du maître était éteint ou converti en un simple droit de patronage. Dans le système nouveau, le stimulant à l'acquisition de la cité romaine est supprimé. Le Latin Junien peut recueillir des fidéicommis sans changer de condition, et, à sa mort, ses biens ainsi augmentés retourneront à son ancien maître (4).

Les cités municipales de l'empire ont échappé, par la voie indirecte des fidéicommis, à l'incapacité d'être instituées, qui les atteignait en tant que personnes incertaines (5).

Sauf ces améliorations ou extensions de capacité qui ne repré-

---

(1) Ulp. reg. tit. 25. § 4. — (2) Gaius. C. 2. § 274. — (3) Aulu Gel. 20. 1. *Obliterata et operta.* — (4) Gaius. C. 2. § 275. Ulp. reg. 25. § 7. — (5) Paul. fr. 26. Dig. *Ad. S. C. Treb.* 36. 1. Comp. Ulp. reg. 25. § 28.

sentent pas un changement considérable, le système étroit de la *testamenti factio* a été appliqué aux fidéicommis. Ainsi a été fermé assez rigoureusement le cercle dans lequel pouvait se mouvoir avec efficacité le disposant qui, dans le principe, avait cherché dans les fidéicommis un moyen indirect de violer toutes les prohibitions légales. En dehors de ce cercle, le mourant pouvait encore faire appel à l'honneur du grevé; mais le magistrat n'accordait aucune sanction contre le grevé, et le plus souvent, si le fidéicommis était tacite, la fraude découverte donnait lieu à une confiscation (1).

L'incapacité des pérégrins, notamment, a été étendue aux fidéicommis. Il en résulte que le droit impérial considère encore la capacité de succéder et de recueillir une libéralité à cause de mort, comme découlant du droit civil et non du droit des gens. Cette idée a vécu longtemps; il faut arriver jusqu'en 1819 pour la voir renversée.

A été étendue aux fidéicommis, en principe, l'incapacité des personnnes incertaines, notamment celle des postumes externes (2). Le disposant peut gratifier ceux dont il prévoit ou espère la naissance dans le sein de sa famille. Mais il ne peut avoir la même intention libérale à l'égard des enfants à naître en dehors de sa famille civile. Le droit prétorien avait été plus généreux; il accordait la *bonorum possessio* au postume externe institué; mais il n'a pas été suivi par la jurisprudence impériale, et cette *bonorum possessio* est restée *sine re* (3).

A l'époque où nous sommes, le législateur n'avait pas encore reconnu son impuissance à régénérer les mœurs, à ramener vers le mariage, à augmenter le nombre des ingénus. Aussi a-t-il appliqué aux fidéicommis les déchéances prononcées par les lois caducaires (4).

En résumé, les extensions de capacité sont si peu nombreuses, le système de la *testamenti factio* et du *jus capiendi* plane sur les fidéicommis, comme sur les institutions d'héritier et sur les legs, à si peu de différences près, qu'Ulpien a pu exprimer : « Un fidéicommis peut être adressé à qui est capable de recueillir un legs (5). »

§ 3.

C'est au point de vue du fond et des modalités des dispositions que nous apercevons la plus grande réforme.

Le droit ancien imposait au citoyen qui voulait modifier en quelque point la dévolution légitime, la nécessité de régler entiè-

---

(1) Gaius. 2. § 285. Callist. fr. 1. Paul. fr. 13. Dig. *De jure fisci*. 49. 14.
(2) Gaius. 2. § 287. — (3) Inst. 3. 9. pr. Ulp. fr. 12. § 1. Dig. *De bon. poss.* 37. 1. — (4) Gaius. 2. § 286. — (5). Ulp. reg. 25. § 6.

rement la transmission de son hérédité. Il n'admettait pas le concours des successeurs désignés par la loi avec les successeurs choisis par le *de cujus* (1). Le père de famille qui avait des descendants, et ne voulait pas leur ôter son hérédité, mais désirait seulement faire un legs à un ami, était tenu de construire un testament, d'instituer ses enfants et d'ajouter ce legs comme charge de l'institution.

Cette règle est profondément modifiée par la faculté de grever ses héritiers *ab intestat* de fidéicommis. Le disposant est libre d'imposer à son héritier légitime la charge de subir le concours d'un successeur universel, sorte d'héritier qu'il aura désigné et auquel reviendront peut-être les trois quarts de la succession. Il peut, à plus forte raison, charger ses héritiers légitimes, dont il approuve pleinement la vocation légale à l'universalité de ses biens, de l'exécution de quelques libéralités particulières.

La volonté de l'homme et la volonté de la loi coopèrent au règlement de la succession.

Le vieux droit civil avait un principe ainsi conçu : *semel heres, semper heres*. C'est-à-dire qu'il ne permettait à l'homme que d'attribuer une fois son hérédité. Le testateur épuisait en une fois son pouvoir de régler sa succession *per universitatem*, de gouverner la dévolution de l'ensemble de ses biens après sa mort.

Sans doute, il pouvait faire, à côté d'une institution pure et simple, une institution d'héritier sous condition suspensive, et à l'arrivée de la condition, l'héritier qui avait été institué purement, perdait une partie de l'hérédité qu'il avait paru recueillir, mais il était réputé ne l'avoir pas acquise. Tout se réglait, nous le pensons, comme si, dès l'origine, les deux héritiers avaient concouru. Le testateur n'avait pas fait deux transmissions successives de son hérédité. Il avait tenu en suspens la véritable attribution de son hérédité entière.

Le testateur avait le droit de donner à un premier héritier institué un concurrent éventuel, mais il ne pouvait pas limiter à un temps *usque ad diem*, jusqu'à l'arrivée d'une condition *ad conditionem*, l'effet entier d'une institution d'héritier, de telle sorte que la qualité d'héritier, le droit à une même hérédité passât d'une personne à une autre.

La voie des fidéicommis lui ouvre à cet égard une grande latitude.

Le testateur a le droit d'imposer à son héritier institué la charge de rendre à toute époque, même à sa mort, l'hérédité en tout ou en partie. Ainsi, le testateur dispose deux fois de son hérédité. L'héritier institué aura perçu jusqu'au terme un émolument et le gardera. Un second bénéficiaire universel lui succé-

---

(1) INST. 2. 14. § 5. POMPON. fr. 7. DIG. *De reg. juris*. 50. 17.

dera et aura l'émolument de l'avenir. Ce dernier sera à son tour, sinon *heres*, du moins *loco heredis*. Le testateur, après s'être donné un héritier pour un temps, substitue en quelque sorte un second héritier au premier quant aux biens provenus de lui (1).

Il est vrai que l'héritier grevé a droit à la rétention d'une quarte; mais il est possible que les fruits par lui perçus pendant sa vie lui tiennent lieu de quarte (2).

Il est vrai que, à l'époque classique, si l'héritier fiduciaire était dans le cas d'invoquer le sénatus-consulte Pégasien pour avoir sa quarte entière, le fidéicommissaire était *loco legatarii partiarii* et non pas *loco heredis*. Mais notre but ici est de montrer, non pas l'effet constant de tous les fidéicommis universels, mais jusqu'où s'étend la puissance nouvelle conférée au testateur. Or, pourvu qu'il donne lui-même satisfaction à l'héritier institué au sujet de la quarte, il peut faire du fidéicommissaire, pour la presque totalité de sa fortune, un successeur universel qui reçoit ce titre pour l'avenir, après que l'héritier institué l'a eu pendant sa vie.

Le fidéicommis d'hérédité *post mortem heredis* a de l'analogie avec la substitution pupillaire. Aussi a-t-il été appelé substitution fidéicommissaire. La grande différence est que le substitué pupillaire est vraiment l'héritier du pupille et recueille par conséquent tous les biens de ce dernier, même ceux qui n'ont jamais appartenu au testateur, ceux qui ont été acquis par le pupille. Le substitué fidéicommissaire est un successeur universel, au second degré, de l'auteur du fidéicommis et, par suite, ne recueille que les biens transmis par le disposant au grevé (3).

Selon le droit civil ancien, le testateur ne pouvait imposer de legs qu'à son héritier institué. Peut être grevé de fidéicommis quiconque a recueilli à cause de mort et gratuitement tout ou partie des biens du disposant. Il en résulte que, selon le droit nouveau, le citoyen romain peut faire une substitution fidéicommissaire à plusieurs degrés, instituer un héritier, le charger de rendre l'hérédité à sa mort (sauf la quarte), grever le premier fidéicommissaire d'une seconde restitution également à sa mort, et ainsi de suite. Il gouvernera ainsi la transmission de ses biens pendant plusieurs générations.

Nous apercevons l'origine de ces substitutions fidéicommissaires, qui, dans les sociétés aristocratiques modernes, ont acquis une si grande importance, ont donné à certaines familles, plus encore à certains noms, une splendeur durable, mais par une concentration quelquefois inique de la richesse et en tarissant les sources de la prospérité générale. Les Romains ne paraissent pas en avoir ressenti les inconvénients; nous croyons que cela pro-

(1) Gaius. 2. § 277. — (2) Papin. fr. 18. § 6. Dig. *Ad. leg. falc.* 35. 2. f. 58. § 5. Dig *Ad. S. C. Treb.* 36. 1. — (3) Inst. 2. 16. § 9. Expl. n° 1770.

vient de deux causes : l'une est que la préférence pour un aîné n'était pas dans les mœurs; l'autre est que le fidéicommissaire n'ayant qu'un droit de créance, ne pouvait pas inquiéter les tiers, au moins les tiers de bonne foi.

Nous touchons à un problème fort obscur. Dans ces substitutions fidéicommissaires à plusieurs degrés, dans ces fidéicommis d'hérédité à travers plusieurs générations, il semble démontré que le disposant pouvait appeler au premier ou au second degré de restitution des personnes non encore conçues, au moment de la confection du testament, par exemple les enfants nés ou à naître du grevé. Comment concilier la validité de ces dispositions avec les règles sur la capacité et l'époque où la capacité est requise (1)?

Si les descendants du grevé sont, pour le disposant, des postumes siens, la difficulté est moins grave (2). Les postumes siens sont capables d'être institués, d'être gratifiés par testament, et s'ils sont appelés sous une condition, c'est à l'arrivée de la condition, non pas à la mort du testateur, que leur capacité s'examine. La condition est ici la mort du grevé. Attribuer capacité à une classe de postumes, c'est du même coup les affranchir de la nécessité d'être capables, puisqu'on les affranchit de la condition d'exister, à l'époque de la confection du testament.

Mais l'embarras est extrême, si les personnes appelées sont, pour le testateur, des postumes externes. Les postumes externes sont, d'après un sénatus-consulte d'Adrien, aussi incapables de profiter d'un fidéicommis que de profiter d'une institution d'héritier (3). La doctrine bienveillante du préteur qui accordait à tous les postumes conçus au jour où un droit héréditaire leur était dévolu la *bonorum possessio*, n'a pas été ratifiée par le droit impérial (4). Cette règle, sévèrement appliquée, aurait resserré dans d'étroites limites la faculté de faire des substitutions fidéicommissaires.

Le sénatus-consulte d'Adrien a reçu peut-être une dérogation par un acte législatif que nous ignorons, et dont nous voyons seulement les conséquences dans les textes (5).

---

(1) Gaius. 2. § 287. — Inst. Just. 2. 19. § 4.

(2) Présentons une observation qui prévient une objection souvent faite. Dans les successions légitimes où la vocation repose sur la parenté avec le défunt, nul ne peut succéder s'il n'a été conçu avant la mort du *de cujus*, parce qu'autrement le lien de parenté ne s'est point formé. La parenté ne lie que ceux qui ont coexisté dans le monde. Inst. 3. 1. § 8.

Cette règle n'est pas applicable dans les successions testamentaires, parce que la vocation dérive non de la parenté, mais de la volonté du disposant. Cela est vrai, même des postumes siens, quoique la loi, en les déclarant capables, prenne en considération la place qu'ils auraient occupée dans la famille s'ils étaient nés plus tôt; néanmoins leur vocation testamentaire n'en est pas moins, non la conséquence de leur parenté, mais l'œuvre libre de la volonté de l'homme.

(3) Gaius. 2. § 287. — (4) Ulp. f. 12. § 1. Dig. *De bon. poss.* 37. 1. — (5) Papin. f. 69. § 3. Modest. f. 32. § 6. Dig. *De legatis* 2° 31.

Nous avons essayé de définir l'étendue de la réforme apportée au droit ancien par l'introduction régularisée des fidéicommis.

Réforme considérable, excessive d'indulgence, au point de vue du mode de manifestation des volontés dernières.

Réforme très-limitée en ce qui concerne la capacité de disposer ou de recevoir.

Réforme très-importante et très-libérale à l'égard des modalités sous lesquelles le testateur peut régler la transmission de ses biens à sa mort et dans l'avenir.

§ 4.

Nous avons exposé le droit classique ou du Haut-Empire. La matière au Bas-Empire a été profondément remaniée.

Le plus grave changement a été celui-ci : Le fidéicommis créait primitivement une obligation entre le grevé et le fidéicommissaire. Ce dernier, n'ayant qu'un droit de créance, n'avait pas le droit d'agir contre les tiers, du moins les tiers acquéreurs de bonne foi. Tel a été, tout au moins, le point de départ du droit classique en cette matière.

Ce droit a-t-il été progressivement modifié pour attribuer aux fidéicommis une sanction plus énergique, aux fidéicommissaires un droit plus indépendant de la volonté du fiduciaire? On le soutient. On pense que la distinction entre le droit réel et le droit de créance, si nette dans les formules d'actions, était moins bien observée dans la juridiction extraordinaire du magistrat. Cela est possible. Nous l'ignorons.

Nous nous transportons tout de suite sous le règne de Justinien et nous assistons à une transformation profonde dont cet empereur s'attribue la gloire.

Les legs n'ont plus qu'une nature et sont doués de la plus grande efficacité juridique pour réaliser l'intention du testateur, quelles que soient les expressions dont il se soit servi. Les fidéicommis et les legs sont confondus et font entre eux un échange de ce qu'ils renferment de plus avantageux, de plus fécond au profit des bénéficiaires de dispositions de dernière volonté (1).

Le fidéicommissaire y gagne surtout d'avoir, toutes les fois que cela est possible, un droit réel sur l'objet de sa libéralité. Ce droit, il le tient directement de la volonté du défunt. Le grevé n'était jusqu'alors constitué que débiteur et conservait la propriété intégrale des choses qu'il devait rendre ou transmettre. Désormais, sa propriété est atteinte, et selon que le fidéicommis est pur, à terme ou sous condition, il cesse d'être propriétaire ou ne l'est plus que sous condition résolutoire. Quand le droit au fidéicommis est ouvert, quand le moment de la transmission est

(1) Inst. 2. 20. § 2 et § 3.

venu, le fidéicommissaire est de plein droit investi d'un droit réel qui lui permet d'agir contre tout détenteur des choses qui lui ont été laissées. La restitution dont le fiduciaire est tenu, n'est plus translative de droit, elle n'est plus qu'un délaissement de la possession. Le fiduciaire peut être l'objet d'une première libéralité; il aura eu, grâce à une propriété résoluble, la jouissance et gardera les fruits; mais il n'est plus l'agent, l'auteur nécessaire d'une transmission de droit au fidéicommissaire. De même que le droit du grevé est résolu, de même les droits par lui concédés sont résolus par voie de conséquence. Le fidéicommissaire, qui tient son droit sur les choses directement du défunt, peut les revendiquer contre les tiers auxquels le grevé les aurait transmises. Il n'a à redouter aucune usucapion ni prescription; aucune en effet n'a pu courir contre lui jusqu'à l'ouverture de son droit (1).

Il n'en est autrement que lorsque le testateur a exprimé que le fiduciaire ne restituerait que ce dont il n'aurait pas disposé, que ce qui lui resterait des biens par lui recueillis (2).

Ce que nous venons de dire s'applique aux fidéicommis universels comme aux fidéicommis particuliers. Au point de vue du mode de transmission de la propriété, il n'y a pas de différence entre ces deux genres de disposition, en ce sens qu'il n'y a pas plus besoin dans un cas que dans l'autre d'un fait de l'héritier pour transmettre la propriété au fidéicommissaire universel ou au fidéicommissaire particulier.

Les dispositions à titre universel et à titre particulier diffèrent entre elles en ce qui concerne la transmission de l'ensemble des créances et des dettes du défunt.

Relativement aux actions qui vivifient ces créances et ces dettes héréditaires, voici les conséquences de la réforme de Justinien.

Autrefois, on distinguait, d'après la rédaction du testament, entre l'héritier et le légataire.

L'héritier, représentant la personne du défunt en face des tiers, était créancier de ce qui était dû au défunt, débiteur de ce que devait le défunt.

Le légataire, s'il recueillait une quote-part des biens du défunt, pouvait avoir droit à un émolument proportionnel dans les créances, être soumis à la charge d'une portion du passif, mais il n'était pas mis en relation directe avec les tiers débiteurs ou créanciers. Pour lui, c'était une question de contribution et jamais d'obligation vis-à-vis des tiers (3).

---

(1) Just. L. 3. C. 6. 43. *Communia de legatis. In his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare... nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo... ut nec usucapio nec longi temporis præscriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat (pendente conditione)... bonæ fidei emptoribus, integra jura .. contra venditores habentibus.* — (2) Papin. fr. 54. Dig. 36. 1. *Ad. S. C. Treb.* — (3) Gaius. 2. § 254.

D'après le droit classique et les deux sénatus-consultes combinés, le fidéicommissaire universel était tantôt *loco heredis*, tantôt *loco legatarii* (1).

Maintenant, sous Justinien, la distinction doit se faire entre les successeurs universels appelés à une quote-part ou à la totalité des biens du défunt et les successeurs particuliers.

Dans la première classe nous rangeons : 1° les héritiers, à l'exception de ceux institués *ex re certa, ex rebus certis*, et de ceux qui sont chargés de rendre toute l'hérédité, sauf un corps certain, *una aliqua re deducta* (2) ; 2° les fidéicommissaires à qui l'hérédité est restituable en tout ou en partie aliquote (3) ; 3° les légataires partiaires.

Dans la seconde classe se trouvent les autres bénéficiaires d'une disposition de dernière volonté, notamment les héritiers institués *in rebus certis*, les fidéicommissaires et légataires appelés à recueillir toute autre chose que l'universalité ou une portion de l'universalité des biens du défunt.

Les premiers, quel que soit le titre sous lequel ils ont été appelés, représentent le défunt, ont les actions du défunt, subissent les actions dont le défunt était tenu.

Les autres, non.

Notons que l'héritier institué *in re certa*, chargé de rendre l'hérédité *deducta re certa*, a l'avantage de pouvoir passer d'une classe dans l'autre. Légataire si le testament s'exécute en entier, il a comme en réserve une qualité d'héritier pour combler les vides que feraient des refus dans cette exécution. Si le cohéritier institué sans restriction, si le fidéicommissaire à qui l'hérédité était restituable sous la déduction d'un corps certain ne recueillent pas l'hérédité, de successeur particulier, l'institué *ex re certa* devient successeur universel. Il reprend cette qualité qui ne lui avait été enlevée que pour obéir à une restriction maintenant sans raison d'être. Il est donc légataire avec une vocation subsidiaire à l'hérédité. Cela est décidé par interprétation de la volonté du disposant (4).

Faisons observer que, au point de vue des actions héréditaires, le droit romain n'a jamais distingué les successeurs selon que leur vocation descendait de la loi ou de la volonté de l'homme.

---

(1). Gaius. 2. §§ 255 à 258. — (2) Justin. L. 13. C. 6. 24. *De hered. instit.* Inst. 2. 23. § 9. — (3) Ulp. fr. 35. Dig. 28. 5. *De hered. instit.* Ulp. fr. 16. § 6. Dig. 36. 1. *Ad. s. c. Trebell.* Comp. Pap. f. 76. § 1. Dig. *De legatis* 2° 31. Papin. f. 78. Dig. 28. 5. — Si l'universalité a été divisée, non par fractions numériques, mais par régions ou par catégories (ex. tous les biens de diverse nature compris dans une région, l'Italie, d'une part, tous les biens de diverse nature compris dans une autre région, les provinces, d'autre part), de telle sorte que cette division embrasse tous les biens du disposant, la question de savoir si les successeurs appelés à ces catégories sont des successeurs universels, nous paraît très-embarrassante. La division en meubles et immeubles, à laquelle notre législateur reconnaît un caractère d'universalité, ne se trouve pas dans les lois romaines. — (4) Just. L. 13. Cod. *De her. inst.* 6. 24.

Le droit coutumier a, au contraire, établi une séparation profonde entre le successeur appelé par la loi et le successeur appelé par testament.

Notre jurisprudence tend à revenir à la distinction romaine entre successeurs universels et successeurs particuliers, sans tenir compte de la nature de la vocation (1).

Nous avons présenté comme assimilables, dans le droit de Justinien, les héritiers et les fidéicommissaires universels.

Oui, au point de vue de la nature du droit acquis sur les choses corporelles de l'hérédité, droit de propriété.

Oui, au point de vue des actions héréditaires.

Mais quelques différences subsistent à d'autres égards.

1° En ce qui concerne l'étendue de ce qu'ils peuvent recueillir.

L'héritier peut être appelé à recueillir l'universalité du patrimoine du défunt, à l'exclusion des héritiers légitimes. Le fidéicommissaire ne recueillera, au plus, que les trois quarts, si l'héritier grevé se prévaut de son droit à une quarte.

Ce système de la quarte falcidie ou pégasienne, qui a disparu de notre législation, mérite de fixer quelque temps notre attention.

Ce système dérive principalement d'un principe que nous avons rejeté. Dans le testament romain, il y a une disposition essentielle, l'institution d'héritier, et des dispositions qui dépendent de la première, legs et fidéicommis. Si l'institution d'héritier croule par incapacité ou refus, les autres dispositions tombent par voie de conséquence.

De nos jours, chaque disposition de dernière volonté a sa vie propre; elle est indépendante des autres.

Puisque l'institution d'héritier est le fondement sur lequel reposent les dispositions testamentaires, il est sage, il est utile que, quelles qu'aient été les illusions du testateur, quelque trouble que des événements postérieurs aient apporté dans ses combinaisons, l'héritier ait toujours, sans débats, sans tiraillements, sans sacrifices, par la certitude d'un émolument sérieux, intérêt à faire adition d'hérédité.

Il a droit à une quarte qu'il prendra, au besoin, par retranchement sur les legs et fidéicommis dont il est chargé.

Le droit classique n'admettait pas que le testateur pût déranger cet ordre établi et priver l'héritier de la quarte.

Justinien a fait une brèche au système. Il a décidé que le testateur aurait la faculté d'interdire à l'héritier de réclamer la quarte(2).

Comment l'expliquer? Les inconvénients attachés à la dépendance des dispositions testamentaires par rapport à l'institution d'héritier vont renaître. Justinien a-t-il purement et simplement méconnu la sagesse du législateur ancien? Non. L'explication se

(1) Voy. Cass. 13 août 1851. Sir. 51. 1. 637. M. Demolombe, *Success*. t. I. n° 160. — (2) Nov. 1 cap. 2 et 3. comp. nov. 119. c. 11 et nov. 131. c. 12.

trouve, selon nous, dans ce fait que l'empereur a en même temps porté atteinte au principe dont la quarte était la conséquence, ou mieux, le correctif.

Justinien décide, selon le sens que nous donnons au premier chapitre de la novelle première, qu'à défaut par l'héritier institué d'accepter l'hérédité sous les charges qui la grèvent, un fidéicommissaire, un légataire même particulier, un héritier *ab intestat* pourrait déclarer qu'il prend la qualité de successeur universel avec la charge d'exécuter le testament (1).

L'empereur ne rompt pas le lien entre les dispositions, ne va pas jusqu'à admettre l'exécution isolée de chacune d'entre elles. Il veut qu'il y ait un successeur universel chargé de faire la liquidation et la répartition ; mais il suffit que l'un des bénéficiaires du défunt ou des héritiers légitimes accepte cette qualité et se soumette à cette charge. Il n'y a plus, pour les autres bénéficiaires, autant à redouter le refus de l'héritier institué (2).

La quarte n'est plus nécessaire. Le testateur qui ressent plus d'affection pour ses fidéicommissaires ou légataires que pour l'héritier institué, est libre de défendre à ce dernier de retenir la quarte. Il réduit éventuellement son héritier institué au rôle d'exécuteur testamentaire.

La loi Falcidie subsiste. Elle pourvoit d'office à une sage combinaison des libéralités du défunt qui ne l'a pas exclue. Elle ne s'impose plus à la volonté de l'homme.

Elle a perdu, au Bas-Empire, de son énergie, en même temps que le principe qui subordonne les legs et fidéicommis à l'efficacité de l'institution.

Elle a disparu de notre législation avec le principe dont elle était le correctif. Les libéralités de dernière volonté sont indépendantes les unes des autres.

La quarte ne remédiait pas à un autre péril couru par les légataires ou fidéicommissaires.

Un héritier craintif, considérant l'hérédité comme suspecte, d'une solvabilité douteuse, ne veut pas accepter. Les légataires, les fidéicommissaires estiment que l'hérédité est bonne. Ils ne réussissent pas à persuader à l'héritier de faire adition. Son refus entraînera la chute de toutes les libéralités testamentaires.

Pour parer à ce danger, rien n'a été fait législativement dans l'intérêt des légataires et des fidéicommissaires particuliers.

Les fidéicommissaires universels seuls ont obtenu le droit de faire ordonner par le magistrat à l'héritier de faire adition aux

(1) La combinaison des différents paragraphes du chapitre premier conduit à ce résultat, qui nous apparaît plus clairement dans l'*Epitome de Julien*. — (2) La corrélation entre la suppression permise de la quarte et la faculté pour un bénéficiaire quelconque de soutenir le testament en prenant la place de l'héritier qui refuse est indiquée dans le deuxième paragraphe du chapitre second de la novelle.

risques et péril, mais aussi à l'avantage exclusif, du fidéicommissaire demandeur (1).

Nous rappelons cela, parce que c'est encore, dans une mesure restreinte, une dérogation au principe peu raisonnable de la subordination des dispositions testamentaires à l'institution d'héritier.

Après avoir dit que, sous Justinien, l'héritier et le fidéicommissaire universel sont presque en tout soumis à des règles semblables, nous avons commencé à indiquer quelques nuances qui subsistent.

La première est relative à l'étendue de ce qu'ils peuvent recevoir. Le droit pour l'héritier de retenir une quarte au détriment des fidéicommis dont il est grevé, notablement affaibli, mais non supprimé par Justinien, donne à l'héritier un avantage sur le fidéicommissaire universel.

2° Passons à une autre différence. Nous apercevons, en sens inverse, un avantage appartenant au fidéicommissaire universel sur l'héritier quant à la transmissibilité de la vocation successorale. Le droit classique pose en règle que l'héritier externe, n'ayant de droit sur l'hérédité qu'après avoir fait adition, ne transmet rien s'il meurt avant d'avoir accompli cet acte. Justinien, élargissant une exception déjà introduite par Théodose II et Valentinien III (2), décide que tout héritier qui, sachant que l'hérédité lui est dévolue, ayant commencé à délibérer, mourra dans le délai d'une année, transmettra à ses propres héritiers sa vocation et la faculté de faire adition (3). La dérogation est importante, mais le principe n'est pas entièrement renversé. Si le successible meurt après le défunt, sans avoir su que l'hérédité lui était dévolue, il ne transmet rien.

Le mode d'acquisition des legs est tout différent. Le légataire acquiert à son insu, dès que le legs lui est échu, c'est-à-dire en cas de legs pur et simple, du jour de l'adition d'hérédité, en cas de legs conditionnel, du jour de l'événement de la condition. Il acquiert *ignorans*, mais non pas *invitus*, et son droit s'évanouira et sera comme non avenu s'il répudie ensuite. Il y a plus. En vertu de la théorie de la *diei cessio*, le legs pur ou à terme certain est transmissible à partir de la mort du testateur. On n'a pas voulu que la volonté de l'héritier, qui fixe à son gré ou plus tôt ou plus tard le moment de l'adition, eût une influence sur l'efficacité du legs.

---

(1) Explic. n° 965. La raison de la différence entre les fidéicommissaires universels et les fidéicommissaires particuliers est manifeste. Seuls peuvent contraindre l'institué à faire adition, ceux qui, placés *loco heredis*, exonéreront l'héritier de toute poursuite de la part des créanciers. Hermog. f. 14. § 5. Dig. *Ad. S. C. Treb.* 36. 1. La nov. première n'a-t-elle pas étendu la disposition du s. c. Pégasien, en permettant à une personne gratifiée à titre particulier de prendre la qualité de successeur universel? Nous le pensons. — (2) L. 1. C. 6. 52. — (3) L. 19. C. 6. 30.

Les règles de la *diei cessio*, qui ont pour but de corriger les fâcheux effets de la subordination des legs à l'institution de l'héritier, ont été, dès l'époque de la jurisprudence classique, étendues aux fidéicommis qui, eux aussi, sont dépendants de l'institution du fiduciaire. Il en résulte que, dans les fidéicommis purs ou à terme certain, l'espérance ou le droit éventuel survit au fidéicommissaire qui meurt après le défunt avant l'adition, et cette espérance ou ce droit passe à ses ayant-cause. Il n'y a pas à distinguer entre les fidéicommis particuliers ou universels (1).

Quand Justinien a opéré la fusion, il a voulu que chaque genre de disposition conservât ce qu'il avait de plus avantageux, de plus fécond pour la complète exécution de la libéralité. Les fidéicommis universels, assimilés sous beaucoup d'autres rapports aux institutions d'héritier, ont retenu l'avantage d'être transmissibles, s'ils sont purs et simples ou à terme certain, à partir de la mort du testateur, et s'ils sont conditionnels, à partir de l'événement de la condition.

De là, une nuance de plus entre les successeurs universels. L'héritier ne transmet sa vocation que si, ayant connu la dévolution de l'hérédité, il meurt dans l'année de délibération. Le fidéicommissaire universel transmet l'aptitude à recueillir l'hérédité fidéicommissaire alors même qu'il serait mort sans avoir connu le décès du *de cujus* ou l'événement de la condition sous laquelle il était appelé.

Cette différence aurait disparu et la vocation héréditaire serait devenue transmissible à partir du décès du testateur, si l'empereur avait ordonné entre les institutions d'héritier et les fidéicommis universels une communication réciproque des avantages juridiques, comme il l'a ordonné entre les legs et les fidéicommis (2), mais il n'en a exprimé nulle part la volonté, et les institutions d'héritier sont restées sous l'empire des anciens principes.

Dans la comparaison que nous venons de faire entre l'héritier et le fidéicommissaire universel au point de vue de la transmission de la vocation héréditaire, nous avons parlé uniquement de l'héritier externe. L'héritier sien acquiert et peut transmettre dès que l'hérédité lui est dévolue. A cette occasion, il n'est pas inutile de faire remarquer que notre héritier moderne ressemble beaucoup plus à l'héritier sien, tel que son sort a été réglé par le

(1) Jul. f. 25. pr. Dig. *Ad. S. C. Treb.* 36. 1. — (2) Les fidéicommis dans cet échange ont eu plus à recevoir qu'à donner. Ils n'ont pas eu à communiquer aux legs la liberté de la forme, car les fils de Constantin avaient déjà aboli la nécessité des formules. Le legs *post mortem heredis* est devenu valable, parce que l'héritier de l'héritier pouvait être grevé d'un fidéicommis. Les fruits de toute chose frugifère léguée ont été dus au légataire, les intérêts de toute somme d'argent léguée ont couru au profit du légataire à partir de la mise en demeure de l'héritier. Quant aux fruits, le légataire put y avoir droit dès avant cette époque si, la chose étant au défunt, il en était devenu propriétaire.

droit civil et le droit prétorien combinés, qu'à l'héritier externe.

Notre héritier acquiert à son insu, sauf répudiation. Il transmet, s'il meurt après le défunt, avant d'avoir accepté, avant même d'avoir connu sa vocation, l'hérédité à lui dévolue avec la faculté de la répudier. Il peut revenir sur une répudiation émise, pourvu qu'il ne lèse pas les droits acquis à des tiers.

L'héritier sien des Romains acquiert à son insu, il a la faculté de s'abstenir, ce qui équivaut à une répudiation. Il peut revenir vers l'hérédité dont il s'est d'abord abstenu (1).

Justinien qui, dans le règlement de la succession *ab intestat*, avait donné des droits égaux aux enfants du *de cujus*, qu'ils fussent ou non en sa puissance, n'avait pas effacé la différence existant entre eux quant à la manière d'acquérir l'hérédité. C'était une singularité qui devait tôt ou tard disparaître. Les juristes des pays de droit écrit l'ont supprimée en empruntant aux pays du Nord l'idée, l'expression et les effets de la saisine. Le mort saisit le vif son plus proche héritier.

Les parlements du Midi étendaient même aux héritiers institués et aux légataires universels cette maxime applicable dans le Nord aux seuls héritiers légitimes (2).

Ainsi s'est peu à peu élaborée et construite une théorie fort remarquable de la succession universelle et de la succession particulière à un défunt.

Entre le successeur universel et le successeur particulier, au point de vue de l'acquisition et de la transmissibilité des droits dévolus, similitude; de différence, la raison n'en conçoit pas qui soit nécessaire.

Entre eux, au point de vue des créances et des dettes laissées par le *de cujus*, différence profonde, mais simple. L'ensemble des créances et des dettes regarde les successeurs universels et non les successeurs particuliers. La distinction entre la contribution et l'obligation est supprimée. Cette distinction n'est qu'une source de recours et de difficultés (3).

J. E. L.

---

(1) Explic. n[os] 806 et suiv. — (2) FURGOLE, *Testam.* ch. VII, sect. 4, n° 130, sect. 7, n° 17, ch. VIII, sect. 1, n[os] 20, 21, 27. — (3) Les auteurs soutiennent que, jusque dans le dernier état du droit romain, une troisième différence a subsisté entre les héritiers institués et les fidéicommissaires universels. Ce serait au point de vue de l'accroissement. Entre héritiers institués l'accroissement serait demeuré soumis non pas seulement à la volonté du défunt, mais encore à la règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* D'où suit que l'assignation de parts n'exclut pas l'accroissement. Entre fidéicommissaires même universels, l'accroissement serait régi par l'unique principe de la volonté du défunt ayant conféré à plusieurs une vocation solidaire. Nous sommes porté à croire que, au Bas-Empire, la seule règle à observer relativement aux institutions d'héritiers, de même que relativement aux fidéicommis d'hérédité, est le respect de la volonté du défunt.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME DEUXIÈME.

LIVRE PREMIER.

LIVRE SECOND.

APPENDICES.

FIN DU TOME DEUXIÈME.




Stanford Law Library
3 6105 062 382 804

